

الجزء السادس

من

كِتَابُ

بَدَائِعِ الصَّحَا

تَرْغِيْبِ الشَّرَائِعِ

شَالِيَهْ

(الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب)

(بملك العلماء المتوفي سنة ٥٨٧ هـ بـ)

الطبعة الاولى

سنة ١٣٢٨ هـ - سنة ١٩١٠ م

(على نفقة سعادة محمد أسعد باشا جباري زاده)

(وفضيلة الحاج مراد أفندي جباري زاده - ومحمد أمين الخانجي الكتي وشركاه)

تنبيه لا يجوز لأحد أن يطبع كتاب البدائع من هذه النسخة وكل من طبعها يكون مكلفاً بإبراز أصل قديم يثبت أنه طبع منه والا يكون مسؤولاً عن التعويض قانوناً

طبع بمطبعة الجاليت - بمصر

(الكائنة بحارة الروم بمطقة التري)

(لاصحابها محمد أمين الخانجي وشركاه - واحد عارف)

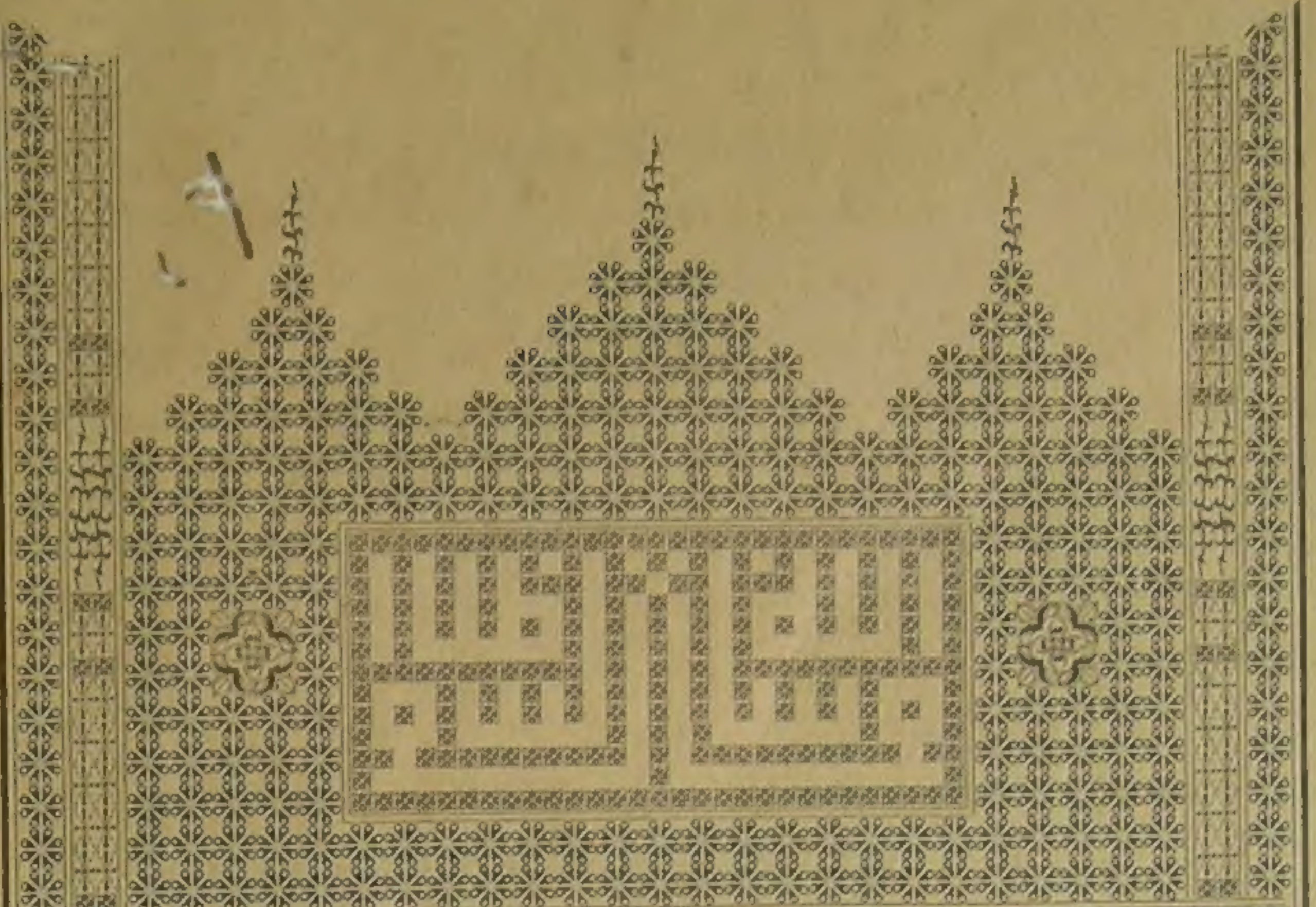


5546/5

697

Süleymaniye Kütüphanesi	
Katip	Yigirmi
Yeni Kısım No.	
Eski Kısım No.	892/VI





## بسم الله الرحمن الرحيم

### كتاب الكفالة

الكلام في هذا الكتاب يقع في موضعين بيان ركن الكفالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الكفالة وفي بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) الركن فهو الإيجاب والقبول الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول الركن هو الإيجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قول الشافعي رحمه الله لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الأنصار فقال هل على صاحبكم دين فقيل نعم درهمان أو ديناران فأمنع من الصلاة عليها فقال سيدنا علي أو أبقوا دة رضي الله عنهما ما على يارسول الله فصلى عليها ولم ينقل قبول الطالب ولأن الكفالة ضم لغة والتمام المطالبة بما على الأصل شرعا لا تملك ألا يرى انه يحتمل الجبالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبهه النذر والدليل عليه أن المريض إذا قال عند موته لورثته اضمّنوا عني ما على من الدين لغرمائي وهم غيب فضممتوا ذلك فهو جائز ويلزمهم وأي فرق بين المريض والصحيح ولهما أن الكفالة ليست بالالتزام محض بل فيها معنى التمليك لما ذكرنا وتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول فالإيجاب من الكفيل أن يقول أنا كفيل أو ضمّين أو زعيم أو غريم أو قبيل أو حميل أولك على أولك قبلي أولك عندى (أما) لفظ الكفالة والضمان فصرّيحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبي عليه الصلاة والسلام الزعيم غريم أي الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضا يقال قبلت به أقبل قبالة وقبلت به أي كفلت قال الله تعالى أو يأتي بالله والملائكة قبيلا أي كفيلا يكفلوني بما يقول والحميل بمعنى

المحمول فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول وانه ينبغي عن تحمل الضمان وقوله على كلمة إيجاب وكذا قوله إلى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك دينًا قالي وعلى وقوله قبلي ينبغي عن القبالة وهي الكفالة على ما ذكرنا وقوله عندى وان كانت مطلقة للوديعة لكنه قرينة الدين يكون كفالة لان قوله عندى يحتمل اليد ويحتمل الذمة لا منها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيها جميعا فعند الإطلاق يحمل على اليد لانه أدنى وعند قرينة الدين يحمل على الذمة أي في ذمتي لان الدين لا يحتمله إلا الذمة (وأما) القبول من الطالب فهو أن يقول قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة في الأصل لا يخلو عن أربعة أقسام إما أن يكون مطلقا أو مقيدا بوصف أو معلقا بشرط أو مضافا إلى وقت فان كان مطلقا فلا شك في جوازه اذا استتبع شرائط الجواز وهي ما ذكرنا شاء الله تعالى غير انه ان كان الدين على الأصل حالا كانت الكفالة حالة وان كان الدين عليه مؤجلا كانت الكفالة مؤجلة لان الكفالة بمضمون على الأصل فتتبدل بصفة المضمون (وأما) المقيد فلا يخلو إما أن كان مقيدا بوصف التأجيل أو بوصف الحلول فان كانت الكفالة مؤجلة فان كان التأجيل إلى وقت معلوم بأن كفيل إلى شهر أو سنة جاز ثم ان كان الدين على الأصل مؤجلا إلى أجل مثله يتأجل إليه في حق الكفيل أيضا وان سمي الكفيل أجلا أزيد من ذلك أو أقص جاز لان المطالبة بحق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه وان كان الدين عليه حالا جاز التأجيل إلى أجل المذكور ويكون ذلك تأجيلا في حقهما جميعا في ظاهر الرواية وروى ابن سباعة عن محمد أنه يكون تأجيلا في حق الكفيل خاصة (وجه) هذه الرواية ان الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما اذا كفّل حالا أو مطلقا ثم أخر عنه بد الكفالة (وجه) ظاهر الرواية ان التأجيل في نفس العقد يجعل الاجل صفة للدين والدين واحد وهو على الأصل فيصير مؤجلا عليه ضرورة بخلاف ما اذا كان بعد تمام العقد لان التأجيل المتأخر عن العقد يؤثر انطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى إلى الأصل ولو كان الدين على الأصل مؤجلا إلى سنة فكفّل به مؤجلا إلى سنة أو مطلقا ثم مات الأصل قبل تمام السنة يحل الدين في ماله وهو على الكفيل إلى أجله وكذا لو مات الكفيل دون الأصل يحل الدين في مال الكفيل وهو على الأصل إلى أجله لان المبطل للاجل وجد في حق أحدهما دون الآخر وان كان التأجيل إلى وقت مجهول فان كان يشبه آجال الناس كالخصاء والدياس والنيروز ونحوه فكفّل إلى هذه الاوقات جاز عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز (وجه) قوله ان هذا عند أبي جعفر فلا يصح كالبيع (ولنا) أن هذا ليس بجبالة فاحشة فتحمّلها الكفالة وهذا لان الجبالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لا فضائها إلى المنازعة بالتقديم والتأخير وجبالة التقديم والتأخير لا تقضي إلى المنازعة في باب الكفالة لانه يسامح في أخذ العقد مالا يسامح في غيره لا مكان استبقاء الحق من جهة الأصل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة إلى هذه الآجال متعارفة ولو كانت الكفالة حالة فآخرا إلى هذه الاوقات جاز أيضا لما ذكرنا وان كان لا يشبه آجال الناس كمجيء المطر وهبوب الريح فالأجل باطل والكفالة صحيحة لان هذه جبالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فيبطل وبقيت الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب إلى هذه الاوقات جاز وان كان ممن مبيع ولا يوجب ذلك فساد البيع لان تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير في الكفالة وهذا لا يؤثر في البيع فكذا هذا اذا كانت الكفالة مؤجلة فأما اذا كانت حالة فان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الأصل حالا أو مؤجلا لما ذكرنا أن المطالبة بحق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل ولو كفّل حالا ثم أجله الطالب بعد ذلك يتأخر في حق الكفيل اذا قبل التأخير دون الأصل بخلاف ما اذا كان التأجيل في العقد لما ذكرنا من الفرق ولو كان الدين على الأصل حالا فأخره الطالب إلى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير ويكون تأخير في حق الكفيل هذا اذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فأما اذا كانت معلقة بشرط فان كان المذكور شرط سببا لظهور



الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الأداء في الجملة جازبان قال ان استحق المبيع فأن كفيلا لان استحقاق المبيع  
سبب لظهور الحق وكذا اذا قال اذا قدم زيد فأن كفيلا لان قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون  
مكفولا عنه أو يكون مضاربة فان لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة إلى الأداء في الجملة لا يجوز بأن  
قال اذا جاء المطر أو هبت الريح أو ان دخل زيد الدار فأن كفيلا لان الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا والاصل أن  
لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرط الحق به تعلق بالظهور أو التوصل اليه في الجملة فيكون ملاما للعقد فيجوز ولان الكفالة  
جوازها بالعرف والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره ولو قال ان قتلك فلان أو ان شجك فلان أو ان غصبك  
فلان أو ان بايعت فلانا فأننا ضامن لذلك جاز لان هذه الافعال سبب لوجوب الضمان ولو قال ان غصبك فلان  
ضيمتك فأننا ضامن لم يحز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجاز عند محمد بناء على أن غصب العتار لا يتحقق عند أبي  
حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس أو من غصبك من الناس أو من شجك من الناس أو من بايعك  
من الناس لم يحز لا من قبل التعليق بالشرط بل لان المضمون عنه مجهول وجهالة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة ولو قال  
ضمنت لك ماعلى فلان ان توى جاز لان هذا شرط ملام للعقد لانه مؤكدا معنى التوصل الى ما هو المقصود وكذا لو قال  
ان خرج من مصر ولم يعطك فأننا ضامن لما ذكرنا ولو شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه جاز لان  
هذا تأجيل الكفالة بالنفس الى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال وكذا سائر أنواع الكفالات في التعليق بالشرط  
والتأجيل والاضافة الى الوقت سواء لان الكل في معنى الكفالة على السواء ولو قال كفلت لك مالك على فلان  
حالا على أنك متى طلبته في اجل شهر جاز واذا طلبته منه فله اجل شهر ثم اذا مضى الشهر فله أن يأخذه متى شاء ولو  
شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يحز وله أن يطالبه متى شاء والفرق ان الموجود هنا كفالتان احدهما حالة  
مطلقة والثانية مؤجلة الى شهر معلقة بشرط الطلب فاذا وجد الشرط ثبت التأجيل الى شهر فاذا مضى الشهر انتهى  
حكم التأجيل فيأخذه بالكفالة الحالية هذا معنى قوله في الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب الاول بخلاف ما اذا كان  
التأجيل بالشرط بعد تمام العقد لان ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد بالتأجيل بالشرط والتأجيل نفسه  
لا يحتمل التعليق بالشرط فبطل ألا ترى أنه اذا كفل الى قدوم زيد جاز ولو كفل مطلقا ثم أخر الى قدوم زيد لم يحز لما  
ذكرنا كذا هذا ولو كفل بنفس المطلوب على انه ان لم يوافق به غدا فعليه ماعليه وهو الالف فضى الوقت ولم يوافق به  
فالمال لازم للكفيل لان هنا كفالتان بالنفس وبالمال الا أنه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم  
الموافقة بالنفس فكل ذلك جائز (أما) الكفالة بالنفس فلا شك فيها وكذا الكفالة بالمال لان هذا شرط ملام للعقد  
محقق لما شرع له وهو الوصول الى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول اليه من قبل الاصيل فاذا لم يوجد الشرط  
لزمه المال واذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز ان يدعى عليه مالا آخر فيلزمه تسليم نفسه وكذا اذا قال فعليه  
ماعليه وعليه الف ولم يسم لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ولا يبرأه جميع الالف لانه أضاف الكفالة  
الى ماعليه والالف عليه وكذا لو كفل لامرأة بصداقها ان لم يوافق الزوج وصداقها وصيف فالوصيف لازم  
للكفيل لان الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الاصيل وهو الزوج لان الحيوان ثبت دينافي الذمة بدلا عما  
ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفل بنفس رجل وقال ان لم أوافق به غدا فعلى الف درهم ولم يقل الالف التي عليه أو  
الالف التي ادعيت والمطلوب ينكر فالمال لازم للكفيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله  
لا يلزمه (وجه) قول محمد ان هذا الحجاب المال معلق بالخطر ابتداء لانه لم توجد الاضافة الى الواجب ووجوب المال  
ابتداء لا يتعلق بالخطر فاما الكفالة بمال ثابت فتعلق بالخطر ولم يوجد (وجه) قوله ما ان مطلق الالف ينصرف الى  
الالف المعهودة وهي الالف المضمونة مع ما ان في الصرف الى ابتداء الايجاب فساد العقد وفي الصرف الى ماعليه  
صحته فالصرف الى مافيه صحة العقد أولى ولو كفل بنفسه على أن يوافق به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التي عليه

جاز لانه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافقة بالنفس عند طلب الموافقة وهذا شرط ملام  
للعقد لما ذكرنا فاذا اطلب منه المكفول له تسليم النفس فان سلم مكانه برى لانه أتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال  
لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة بالنفس عند الطلب ولو قال اتقني به عشيبة أو غدة وقال الكفيل أنا أتيتك به بعد غد  
فان لم يأت به في الوقت الذي طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط الزم وان أخر المطالبة الى ما بعد غد كما قاله  
الكفيل فأتى به فهو برى من المال لانه بالتأخير أبطل الطلب الاول فلم يبق التسليم واجبا عليه وصار كانه طلب منه  
من الابتداء التسليم بعد غد وقد وجد برى من المال ولو كفل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فأنابرىء فوافاه من الغد  
يرى من المال في رواية وفي رواية لا يبرأ (وجه) الرواية الاخيرة ان قوله ان وافيتك به غدا فأنابرىء تعليق البراءة  
عن المال بشرط الموافقة بالنفس والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لان فيها معنى التمليك والتعليقات لا يصح تعليقها  
بالشرط (وجه) الرواية الاولى ان هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافقة بل هو جعل الموافقة غاية للكفالة بالمال  
والشرط قيد ذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والاول أشبه ولو شرط في الكفالة بالنفس ان يسلمه اليه في مجلس  
القاضي جاز لان هذا شرط مفيد ويكون التسليم في المصر أو في مكان قد رعى احضاره مجلس القاضي تسليما الى  
القاضي لما ذكرنا ان شاء الله تعالى ولو شرط أن يسلمه اليه في مصر معين يصح التقييد بالمصر بالاجماع الا أنه لا يصح  
التعيين عند أبي حنيفة وعندهما يصح على ما ذكرنا ان شاء الله تعالى ولو شرط أن يدفعه اليه عند الأمير لا يتقيد به حتى  
لودفعه اليه عند القاضي أو عزل الأمير وولى غيره فدفعه اليه عند الثاني جاز لان التقييد غير مفيد ولو كفل بنفسه فان لم  
يوافق به فعليه ما يدعيه الطالب فان ادعى الطالب ألفا فان لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لانه لا يلزم بنفس الدعوى  
شيء فقد أضاف الالتزام الى ما ليس بسبب للزوم وكذا اذا أقر بها المطلوب لان اقراره حجة عليه لا على غيره فلا  
يصدق على الكفيل ولو قامت البينة عليها أو أقر بها الكفيل فعليه الالف لان البينة سبب لظهور الحق وكذا  
اقرار الانسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به ولو كفل بنفسه على انه ان لم يوافق به الى شهر فعليه ماعليه فمات الكفيل  
قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع رثة الكفيل المكفول به الى الطالب فالمال لازم للكفيل  
ويضرب الطالب مع الثرماء أما لزوم المال فلان الحكم بعد الشرط يثبت مضافا الى السبب السابق وهو عند مباشرة  
السبب صحيح ولهذا وكفله وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال لان الثالث (وأما) الضرب مع  
الثرماء فلا يستواء الدينين وكذا الومات المكفول به ثم مات الكفيل لانه اذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم  
نفسه فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق هذا اذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فاما اذا كانت مضافة الى  
وقت بان ضمن مادان له على فلان أو ما قضى له عليه أو مادان فلانا أو ما أقرضه أو ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو  
ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة لانها أضيفت الى سبب الضمان وان لم يكن الضمان ثابتا في الحال والكفالة ان كان  
فيها معنى التمليك فليست بتمليك محض فجاز أن تحتمل الاضافة ولو قال كلما بايعت فلانا فمته على أو ما بايعت أو الذي  
بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما بايعه ولو قال ان بايعت أو اذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ ثمن أول المبايع ولا يؤاخذ  
ثمن ما بايعه بعدها لان كلمة كل لعموم الافعال وكذا كلمة ما والذي للعموم وقد دخلت على المبايع فيقتضى تكرار  
المبايع ولم يوجد مثل هذه الدلالة في قوله ان بايعت ونظائر والله عز وجل أعلم

فصل في أمائر الكفالة فأنواع بعضها يرجع الى الكفيل وبعضها يرجع الى الاصيل وبعضها يرجع الى  
المكفول له وبعضها يرجع الى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانقضاء ومنها ما هو شرط النفاذ (أما) الذي يرجع  
الى الكفيل فأنواع (منها) العقل ومنها البلوغ وانها من شرائط الانقضاء لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي  
والجنون لانها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع الا أن الأب أو الوصي لو استدان دينافي ثقة اليتيم وأمر  
اليتيم أن يضمن المال عنه جاز ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يحز لان ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط



لا يريده الا تأكيد فلم يكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يحز  
(ومنها) الحرية وهي شرط فإذ هذا التصرف فلا يجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا له في التجارة لأنها تبرع  
والعبد لا يملكه بدون إذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤخذ به بعد العتاق لأن امتناع النفاذ ما كان لا نعدام الأهلية بل  
لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لأنها غير منعقدة منه لعدم الأهلية فلا تحتمل النفاذ بالبلوغ ولو أذن له المولى  
بالكفالة فإن كان عليه دين لم يحز لأن أذنه بالتبرع لم يصح وإن لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته في الكفالة  
بالدين إلا أن يفديه المولى ولا يجوز كفالة المكاتب من الاجنبي لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم على لسان صاحب  
الشرع عليه الصلاة والسلام وسواء أذن له المولى أو لم يأذن لأن أذن المولى لم يصح في حقه وصح في حق القن  
ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لأنها لم تكن التبرع عليه  
وأما صحة بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لأنها تبرع (وأما) الذي  
يرجع الى الاصيل فنوعان أحدهما أن يكون قادر على تسليم المكفول به ما بنفسه وأما بئنه عند أبي حنيفة فلا تصح  
الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد تصح (وجه) قولهما أن الموت لا ينافي بقاء الدين  
لأنه مال حكى فلا يقتصر بقاءه الى القدرة ولهذا بقي إذا مات مليا حتى تصح الكفالة به وكذا بقيت الكفالة بعد موته  
مفلسا وإذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح الإبراء عنه والتبرع (وجه) قول أبي حنيفة  
أن الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على انسان  
بدين ولا دين عليه وإذا مات مليا فهو قادر بئنه وكذا إذا مات عن كفيل لأنه قائم مقامه في قضاء دينه (وأما)  
الإبراء والتبرع فهما في الحقيقة إبراء عن المؤاخذه بسبب المماطلة في قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن  
المؤاخذه بسبب التصيير بواسطة إرضاء الخصم بهية هذا القدر منه فاما أن يكون إبراء عن الدين وتبرعا بقضائه حقيقة  
فلا على ما عرف في الخلافات والثاني أن يكون معلوما بأن كفلا ما على فلان فاما إذا قل على أحد من الناس أو بعين  
أو بنفس أو بفعل فلا يجوز لأن المضمون عليه مجهول ولأن الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه  
غير معروفة فاما حرية الاصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة لأن الكفالة بمضمون ما على الاصل  
مقدور والاستيفاء من الكفيل وقد وجد أما العبد فلان الدين واجب عليه ويطالب به في الجملة فاشبه الكفالة  
بالدين المؤجل وأما الصبي والجنون فلان الدين في ذمتهم والمولى مطالب به في الحال ويطالبان أيضا في الجملة وهو  
ما بعد البلوغ والافاقية فتجوز الكفالة عن العبد وإن كان محجورا وعن الصبي والجنون إلا أن الكفيل لا يملك  
الرجوع عليهم بما أدى وإن كانت الكفالة باذنه لما ذكر في موضعه إن شاء الله تعالى وكذا لا يشترط حضرته  
فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لأن الحاجة الى الكفالة في الغالب في مثل هذه الاحوال فكانت الكفالة  
فيهما أجوز ما يكون (وأما) الذي يرجع الى المكفول له فانواع (منها) أن يكون معلوما حتى انه اذا كفل لاحد من  
الناس لا تجوز لأن المكفول له اذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثق (ومنها) أن يكون في مجلس  
العقد وأنه شرط الاعتقاد عند أبي حنيفة ومحمد إذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى أن من كفل لغائب عن المجلس فبلغه  
الخبر فأجاز لا تجوز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر وعن أبي يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد في الاصل انها جائزة  
على قوله الآخر يدل على أن المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا شرط النفاذ ولا شرط الاعتقاد لأن محمدار بما يطلق  
الجواز على النافذ فأما الموقوف فنسميه باطلا الآن يجوز وهذا الاطلاق صحيح لأن الجائر هو النافذ في اللغة يقال  
جاز السهم إذا هذ (وجه) قول أبي يوسف الآخر ما ذكرنا في صدر الكتاب أن معنى هذا العقد لغة وشرعا وهو  
الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فكان إيجابه كل العقد والدليل عليه مسألة المريض (وجه) قولهما ما ذكرنا أن  
فيه معنى التملك أيضا والتمليك لا يقوم إلا بالإيجاب والقبول فكان الإيجاب وحده شرط العقد فلا يقف على غائب

عن المجلس كالبيع مع ما نأعمل بالشبهين جميعا فنقول لشبه الالتزام بمقتضى الجهالة والتعليق بالشرط والاضافة الى  
الوقت ولشبه التملك لا يقف على غائب عن المجلس اعتبارا للشبهين بقدر الامكان (وأما) مسألة المريض فقد قال  
بعض مشايخنا أن جواز الضمان هناك بطريق الايصاء بالقضاء عنه بعد موته لا بطريق الكفالة ويكون قوله اضمنا  
عنى ايصاء منه اليهم بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيئا لا يلزم الورثة شيء فلي هذا لا يلزم وبعضهم أجازوه على  
سبيل الكفالة ووجه ما أشار اليه أبو حنيفة عليه الرحمة في الاصل وقال هو بمنزلة المبرع عن غرمائه وشرح هذه  
الاشارة والله عز وجل أعلم أن المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله ويصير بمنزلة الاجنبي عنه حتى لا ينفذ منه  
التصرف المبطل لحق التبرع ولو قال أجنبي للورثة اضمنا الغرماء فلان عنه فقالوا اضمنا يكتفى به فكذا المريض  
والله عز وجل أعلم (ومنها) وهو تبرع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول الجنون والصبي الذي لا يعقل  
لأنهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لأن القبول يعتبر بمن وقع له الإيجاب ومن وقع له الإيجاب ليس  
من أهل القبول ومن قبل لم يقع الإيجاب له فلا يعتبر بقوله (وأما) حرية المكفول له فليست بشرط لأن العبد من أهل  
القبول (وأما) الذي يرجع الى المكفول به فنوعان أحدهما أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل سواء كان  
دينا أو عيناً أو نقسا أو فصلا ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أصحابنا إلا أنه يشترط في الكفالة بالعين أن تكون  
مضمونة بنفسها وجملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا  
نفس أما العين فنوعان عين هي أمانة وعين هي مضمونة أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة  
غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد  
الاجير لأنه أضاف الكفالة الى عينها وعينها ليست بمضمونة ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير  
والمستأجر جاز لأنهما مضمونا للتسليم عليهما فالكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت  
(وأما) العين المضمونة فنوعان مضمون بنفسه كالمقصود والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء  
ومضمون بغيره كالبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الاول لأنه كفالة بمضمون بنفسه ألا ترى أنه  
يجب رد عينه حال قيامه ودمثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا ولا تصح  
بالنوع الثاني لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ألا ترى أنه اذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء ولكن  
يسقط الثمن عن المشتري وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ألا ترى أنه اذا هلك لا يجب على المرتهن  
شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره (وأما) الفعل فهو فعل التسليم في الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع  
والرهن لأن المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين فكان  
المكفول به مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه اذا هلك لا شيء على الكفيل لأنه لم  
يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل فإن كانت الدابة بعينها لم  
يجز الكفالة بالحمل وإن كانت بغير عينها جازت لأن في الوجه الاول الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل  
فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الاصيل فلم تجز وفي الوجه الثاني الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة  
فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت وعلى هذا اذا كفل بنفس من عليه الحق جاز  
عند أصحابنا لأن الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل  
بمضمون على الاصيل جاز وكذا اذا كفل رأسه أو بوجهه أو رقبته أو بوجهه أو بصفه والاصل فيه أنه اذا  
أضاف الكفالة الى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت لأن هذه الاجزاء يعبر بها عن جملة البدن  
فكان ذكرها ذكر البدن كافي باب الطلاق والعتاق وكذا اذا أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما  
جازت لأن حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس في حق وجوب التسليم لا



تجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً كركل كذا وكذا في الطلاق والعقاق وإذا أضافها إلى اليد والرجل ونحوهما من  
الاجزاء المعينة لا تجوز لأن هذه الاعضاء لا يعبر بها عن جميع البدن وهي في حكم الكفالة متجزئة فلا يكون ذكرها  
ذكر الجميع البدن كما في الطلاق والعقاق ولو قال في الكفالة بالنفس هو على جاز لأن هذا صريح في التزام تسليم  
النفس وكذا إذا قال أنا ضامن لوجهه لأن الوجه جزء جامع ولو قال أنا ضامن لمعرفته لا يصح لأن المعرفة لا تحتل أن  
تكون مضمونة على الاصيل ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لأن المضمون غير معلوم أصلاً ثم ماذا كرنا من  
الكفالة بالنفس والعين والفعل أنها صحيحة وما ذكرنا من التفرعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله أنها  
غير صحيحة (وجه) قوله أن الكفالة أضيفت إلى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك أن الكفالة التزام الدين فكان  
محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف إلى غير محله باطل ولأن القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة  
والقدرة على الاعتاق لا تتحقق (ولنا) قوله عز وجل ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أخبر الله عز شأنه عن الكفالة  
بالعين عن الامم السالفة ولم يغير والحكيم إذا حكى عن منكر غيره ولا ن هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة  
والتابعين إلى زمن الشافعي رحمه الله فكان النكار خروجا عن الإجماع فكان باطلاً ولماذا كرنا هذه الكفالة  
أضيفت إلى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين وقوله الكفالة التزام  
الدين ممنوع بل هي التزام المطالبة بمضمون على الاصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم في  
حق الاصيل كالدين عبد متمر بارق في يد رجل فأخذ منه المولى كفيلاً بنفسه فأبق فهو باطل لأنه كفل بما ليس  
بمضمون وكذا لو كفل بعد ابقه لما قلنا وكذا لو ادعى رجل على إنسان أنه عبده وأنكر المدعى عليه وزعم أنه حر  
وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لاشي على الاصيل لماذا كرنا ولو كان المدعى في  
يد ثالث فقال أنا ضامن لك قيمة هذا إن استحقته تحت الكفالة حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه  
فالكفيل ضامن كل قيمته لأن باقاة البينة تبين أنه كفل بمضمون صبي في يد رجل يدعى أنه ابنه وادعى رجل آخر  
أنه عبده فضمن له إنسان فأقام المدعى البينة وقد مات الصبي فالكفيل ضامن لماذا كرنا أنه لما قامت البينة تبين أنه  
كفيل بمضمون وعن محمد فممن ادعى على إنسان أنه غصبه عبد أقبل أن يقيم البينة قال رجل أنا ضامن بالعبد الذي  
يدعى فهو ضامن حتى يأتي بالعبد فيقيم البينة عليه لأنه كفل بمضمون على الاصيل وهو حاضر مجلس القاضي فان  
هالك واستحقه بينة فهو ضامن لقيمه لأنه تبين أنه كفل بمضمون معين مضمون بنفسه ولو ادعى أنه غصبه ألف  
درهم واستهلكها أو عبده أو مات في يده فقال رجل خله فأنا ضامن المال أو لقيمة العبد فهو ضامن يأخذه به من ساعته  
ولا يقف على إقامة البينة لأن بقوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على الاصيل فقد كفل بمضمون على  
الاصيل فلا يقف على البينة بخلاف الفصل الأول لأن هناك ما عرف وجوب القيمة باقراره بل بإقامة البينة فتوقف  
عليها والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة  
بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تقيده الكفالة فأندها وهما شرط ثالث لكنه يخص الدين  
وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لأنه ليس بدين لازم لأن المكاتب يملك  
اسقاط الدين عن نفسه بالتعجز لا بالكسب بمضمون وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في  
النفس وما دونها وبحد القذف والسرقة إذا بذلها المطلوب فأعطاهما كفيلاً بخلاف بين أصحابنا وهو الصحيح  
لأنه كفالة بمضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وإنما  
الخلافاً أنه إذا امتنع من إعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضي عليه قال أبو حنيفة لا يجبره وقال أبو يوسف  
ومحمد يجبره (وجه) قولهما أن نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه  
الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب فكذا هذا ولابي حنيفة أن الكفالة شرعت

وثيقة والحدود مبناها على الدرء فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحبس في الحدود والقصاص قبل  
بركة الشهود والحبس توثيق لأن الحبس للهمة لا للتوثيق لأن شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن إرباث  
همة فكان الحبس لأجل التهمة دون التوثيق ويجوز الجبر على إعطاء الكفيل في التعزير لأنه لا يمتثل لدرئه لكونه  
حق العبد (وأما) الدين فتصح الكفالة به بخلاف لأنه مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل  
والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود  
والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تقيده الكفالة فأندها وهما شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن  
يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لأنه ليس بدين لازم لأن المكاتب يملك اسقاط  
الدين عن نفسه بالتعجز لا بالكسب فلا يجوز نالك الكفالة ببدل الكتابة لكان لا يخلو (أما) أن يملك الكفيل اسقاطه  
عن نفسه كما يملك الاصيل (وأما) أن لا يملك فإن ملك لا تقيده الكفالة وإن لم يملك لم يكن هذا التزام ما على الاصيل  
فلا يتحقق التصرف ككفالة ولا نالوا أجرنا هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل أئزم منه على الاصيل لأن المكاتب  
إذا مات عاجز أبطل عنه الدين ولو مات الكفيل عاجز أمفلس لم يبطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل أئزم منه  
على الاصيل وهذا خلاف ما توجب به الأصول ولأن الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيما لا عرف فيه ولا عرف في  
الكفالة ببدل الكتابة وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لأن غيره من  
الديون إنما وجب للمولى عليه بمشيئته ألا ترى أنه لو لازم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين  
الكتابة أصلاً لوجوب دين آخر عليه فلم يتم تجز الكفالة بالاصل فلا ن لا تجوز بالقرع أولى وأحرى ولا تجوز  
الكفالة ببدل السعاية عند أبي حنيفة وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر  
عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر في الدين ليس شرط حتى لو كفل  
بأحد شيئين غير عين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لأن هذه جهالة  
مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه  
جاز ويرأ بدفع واحد منهما إلى الطالب ولو كفل عن رجل بما قلنا عليه أو بما يدرك في هذا البيع جاز لأن  
جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال الله تعالى جل شأنه ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أجاز الله تعالى عز  
شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم ولو ضمن رجل بالعهد فضمانه باطل  
عند أبي حنيفة وعندهما صحيح (وجه) قولهما أن ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند  
استحقاق المبيع وذلك جائز بخلاف بين أصحابنا ولا يبي حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتل الدرك وتحتل الصحيفة  
وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الاصيل فذارت الكفالة بالعهد بين أن تكون بمضمون وغير  
مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عند جهالة المكفول به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو  
كونه مضموناً على الاصيل وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وإذا استحق المبيع بخاصم المشتري  
البائع أولاً فإذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولاً  
في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه قال الكفيل يكون خصماً هذا إذا كان المبيع ماسوى العبد فإن كان  
عبد افظهر أنه حر بالبينة فلم يشتري أن يخاصم أيهما شاء بالاجماع ولو اتفق البيع بينهما ماسوى الاستحقاق بالرد  
بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤخذ به الكفيل لأن ذلك ليس من الدرك ولو أخذ المشتري رهناً بالدرك  
لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف في موضعه ولو بنى المشتري في الدار بناء ثم استحققت الدار ونقض  
عليه البناء فلم يشتري أن يرجع على بائع بالثمن وقيمة بناءه مبيناً إذا سلم التقض إلى البائع وإن لم يسلم لا يرجع عليه إلا  
بالثمن خاصة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بالثمن وقيمة البناء والتالف ولو سلم التقض



الى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنيًا له ان يأخذ أيهما شاء بالثمن ويأخذ البائع بقيمة البناء في ظاهر الرواية  
وذكر الطحاوي أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعاً ان شاء أخذهما من البائع وان شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع  
الكفيل على البائع ان كانت الكفالة بأمره جمل الطحاوي قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان المفهوم من  
الدرك ضمان المشتري في متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء دخلة تحت الكفالة بالدرك وكذلك لو كان المبيع  
جارية فاستولدها المشتري ثم استحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعرفان المشتري يأخذ الثمن من  
أيهما شاء ولا يؤخذ الكفيل بقيمة الولد والمشتري أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة  
بالدرك والله عز وجل أعلم ولو كفل بماله على فلان فقامت البيعة عليه بألف ضمنها الكفيل لانه تبين انه كفل  
بمضمون على الاصيل وان لم يتم البيعة فالقول قول الكفيل مع عينه في مقدار ما يقر به أما القول قوله في المقر به لانه  
مال لازم بالترامه فيصدق في القدر الملتزم كما اذا أقر على نفسه بمال مجهول وأما الثمن فلانه متكرر الزيادة والقول قول  
المتكرر مع عينه في الشرع ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لان اقرار الانسان حجة في حق  
نفسه لا في حق غيره لانه مقر في حق نفسه مدع في حق غيره ولا يظهر صدق المدعى إلا بحجة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الكفالة فتقول والله التوفيق للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما  
على الاصيل عند عامة مشايخنا ويتردد هذا الحكم في سائر أنواع الكفالات لان الكل في احتمال هذا الحكم على  
السواء وإنما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الاصيل لا عليه  
فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل ان كان واحداً يطالب بكل الدين وان كان به كفيلاً  
والدين ألف يطالب كل واحد منهما بمائة اذ لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لانهما استويا في الكفالة  
والمكفول به يحتمل الانقسام فيقسم عليهما في حق المطالبة كما في الشراء ويطالب الكفيل بالنفس باحضار  
المكفول بنفسه ان لم يكن غائباً وان كان غائباً يؤخذ الكفيل الى مدة يمكنه احضاره فيها فان لم يحضر في المدة ولم يظهر  
عجزه للقاضي حبسه الى أن يظهر عجزه له فاذا علم القاضي ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره الى حال القدرة على  
احضاره لانه بمنزلة المفلس لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلزمه من الطالب ولا يحول الطالب أيضاً بينه  
وبين أشغاله ولا يمنعه من الكسب وغيره ويطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها ان كانت قائمة ومثلها أو قيمتها ان  
كانت هالكة ويطالب الكفيل بتسليم العين والفعل بهما وقال بعض مشايخنا ان حكم الكفالة بالدين وجوب  
أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتب عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الاصيل كما يطالب  
الاصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعدد الدين حسب تعدد المطالبة به أخذ شيخنا الامام الشافعي رحمه الله وزعم  
أن هذا يمنع من صحة الكفالة بالاعيان المضمونة والنفس والفعل لان هذا الحكم لا يتحقق في الكفالة بغير الدين وهذا  
غير سديد لان الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة فانهما حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر  
فأما براءة الاصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء والطالب بالخيار ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب  
الكفيل الا اذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل لانها حوالة معنى أو كانت مقيدة بما عليه من الدين لانها في  
معنى الحوالة أيضاً وقال ابن أبي ليلى ان الكفالة توجب براءة الاصيل والصحيح قول العامة لان الكفالة تنهى  
عن الضم وهو ضم ذمة الى ذمة في حق المطالبة بما على الاصيل أو في حق أصل الدين والبراءة تنافي الضم ولان الكفالة  
لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متعاربان لان تعاريف الاسامي دليل تعاريف المعاني في الاصل وأما ما اختار مطالبته لا  
يبرأ الآخر بل يملك مطالبته فرق بين هذا وبين غاصب الغاصب ان للمالك أن يضمن أيهما شاء فاذا اختار تضمين  
أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر ( ووجه ) الفرق ان المضمونات تملك عند اختيار الضمان فاذا اختار تضمين  
أحدهما فقد هلك المضمون فلا يملك الرجوع عنه وهذا المعنى هنا معدوم لان اختيار الطالب مطالبة أحدهما بالمضمون

لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر  
حتى يثبت للشرى السالك اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبد فاذا اختار أحدهما يبطل اختيار الآخر لانه لما  
اختار الضمان صار نصيبه منقولاً الى المعتق عند اختياره لان المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء  
يسعى وهو رقيق وإنما يعتق كله براءة السعاية ويتهما تناف ولا تناف ههنا لان الطالب لا يملك المضمون باختيار  
المطالبة فيملك مطالبة الآخر والثاني ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الاصيل اذا كانت الكفالة بأمره في الأنواع  
كلها ثم اذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل بتسليم نفسه الى الطالب اذا طالبه وان كانت بالعين المضمونة  
يطالب بتسليم عينها اذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها اذا كانت هالكة اذا طالب به وان كانت بفعل التسليم والحمل  
يطالب بهما وان كانت بدين يطالبه بالخلاص اذا طوّل فكا طوّل الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص  
وان حبس فله ان يحبس المكفول عنه لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها وان كانت  
الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الاصيل اذ لو لم يملك حق الحبس اذ حبس وليس له أن يطالب بالمال  
قبل أن يؤدي هو وان كانت الكفالة بأمره لان ولاية المطالبة انما تثبت بحكم القرض والتفويض على ما ذكره وكل ذلك  
يقف على الاداء ولم يوجد بخلاف الوكيل بالشراء ان له ولاية مطالبة الموكل بالثمن بعد الشراء قبل أن يؤدي هو من مال  
نفسه لان هناك الثمن يقابل المبيع والمالك في المبيع كما وقع للموكل فكان الثمن عليه فكان له أن يطالب به وههنا  
المطالبة بسبب القرض أو التفويض ولم يوجد هنا اذ أدى كان له أن يرجع عليه اذا كانت الكفالة بأمره لان الكفالة  
بالامر في حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل والكفيل براءة المال مقرض من المطلوب  
ونائب عنه في الاداء الى الطالب وفي حق الطالب تملك ما في ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض  
يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشتري يملك الشراء بالبيع لا غير هذا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فتقول والله التوفيق اما الكفيل بالمال فانه يخرج عن  
الكفالة بأحد أمرين أحدهما اداء المال الى الطالب أو ما هو في معنى الاداء سواء كان الاداء من الكفيل أو من  
الاصيل لان حق المطالبة للتوصل الى الاداء فاذا وجد فقد حصل المقصود فيتمى حكم العقد وكذا اذا وهب الطالب  
المال من الكفيل أو من الاصيل لان الهبة بمنزلة الاداء لما ذكرنا وكذا اذا تصدق به على الكفيل أو على الاصيل  
لان الصدقة تملك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة والثاني ابراء وما هو في معناه فاذا أبرأ الطالب الكفيل  
أو الاصيل خرج عن الكفالة غير انه اذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل واذا أبرأ الاصيل يبرأ الكفيل لان الدين على  
الاصيل لا على الكفيل انما عليه حق المطالبة فكان ابراء الاصيل اسقاط الدين عن ذمته فاذا سقط الدين عن  
ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لان المطالبة بالدين ولا دين بحال فاما ابراء الكفيل فبراءة عن المطالبة لا عن الدين  
اذ لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الاصيل لكن يخرج  
الكفيل عن الكفالة لان حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فاذا سقطت تنتهى الا ان ابراء الاصيل يرتد بالرد وكذا  
الهبة منه أو التصديق عليه وبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصديق عليه والفرق بين هذه الجملة يعرف  
في موضعه ان شاء الله تعالى واذا اردت هذه التصرفات برد الاصيل عاد الدين الى ذمته وهل تعود المطالبة بالدين  
الى الكفيل اختلف المشايخ فيه ولو أبرأ الاصيل أو وهب منه بدمونه فردو رثته يرتد عند أبي حنيفة وأبي يوسف  
رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد ( وجه ) قوله ان هذا بمنزلة مالو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهناك لا يرتد برد  
الورثة فكذا هذا ولهما ان أبرأه بدمونه ابراء لو رثته لانهم يطالبون بدينه من ماله بدمونه وبراء الورثة يرتد بدمهم  
بخلاف حال الحياة لانهم لا يطالبون بدينه بوجه فاقصر حكم الابراء عليه فلا يرتد برد الورثة وكذا لو قال الطالب  
للكفيل برئت الى من المال لان هذا اقرار بالتبض والاستيفاء لانه جعل نفسه غاية لبراءته والبراءة التي هي غاية



نفسه هي براءة القبيض والاستيفاء برأ جميعاً لأن استيفاء الدين يوجب براءة جميعاً فيرجع الكفيل على الاصيل  
اذا كانت الكفالة بأمره لما ذكرنا ولو قال برئت من المال ولم يقل الى فكذلك عند أبي يوسف وهذا قوله برئت  
الى سواء عنده وعند محمد يبرأ الكفيل دون الاصيل وهذا قوله أبرأتك سواء عنده (وجه) قول محمد ان البراءة عن  
المال قد تكون بالاداء وقد تكون بالبراءة فلا تحمل على الاداء الا بدليل زائد وقد وجد ذلك في الفصل الاول وهو  
قوله الى لان ذلك ينبي عن معنى الاداء لما ذكرنا ولم يوجد هنا فتحمل على البراءة لان البراءة حكم البراءة في الاصل  
(وجه) قول أبي يوسف ان البراءة المضافة الى المال تستعمل في الاداء عفاً وعادة فتحمّل عليه ولا يجوز تعليق البراءة  
من الكفالة بشرط لان البراءة فيها معنى التملك والتملك لا يحتمل التعليق بالشرط ولو أحال الكفيل الطالب بمال  
الكفالة على رجل وقبله الطالب فاحتمل عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة وكذلك اذا أحاله المطلوب بمال  
الكفالة على رجل وقبله لان الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة  
وابراء الكفيل والاصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة لان الحوالة  
عنده ليست بمبرئة أصلاً لما يأتي في كتاب الحوالة ان شاء الله تعالى وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما  
يخرج بالحوالة بان يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعى لان الصلح على جنس المدعى اسقاط بعض الحق فكان  
فيه معنى البراءة وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان في معنى البراءة وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير ان في حالين  
يبرأ الكفيل والاصيل جميعاً وفي حال يبرأ الكفيل دون الاصيل (أما) الحالتان اللتان يرى فيهما الكفيل والاصيل  
جميعاً احدهما ان يقول الكفيل للطالب صا حلتك من الالف على خمسمائة على اني والمكفول منه برئان من  
الخمسائة الباقية ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل ثم الكفيل يرفع  
بها على الاصيل وان شاء أخذها من الاصيل والثانية ان يقول صا حلتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلاً  
لما ذكرنا قبل هذا ان البراءة المضاف الى المال المجرى عن شرط البراءة المضافة الى الكفيل ابراء عن الدين والدين  
واحد فاداسقط عن الاصيل سقطت المطالبة عن الكفيل (وأما) الحوالة التي يبرأ الكفيل فيها دون الاصيل فهي  
ان يقول الكفيل للطالب صا حلتك على اني يرى من الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل والطالب بالخيار ان شاء أخذ  
جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل  
بما أدى ان كان الصلح بأمره (وأما) الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء احدها تسليم النفس الى  
الطالب وهو التخليه بينه وبين المكفول بنفسه في موضع قد در على احضاره مجلس القاضي لان التسليم في مثل هذا  
الموضع محصل للمقصود من العقد وهو امكن استيفاء الحق بالرافعة الى القاضي فاذا حصل المقصود انتهى حكمه  
فيخرج عن الكفالة ولو سلمه في صحراء أو بركة لا يخرج لانه لم يحصل المقصود ولو سلم في السوق أو في المصر يخرج  
سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضي أما اذا أطلق فظاهر لانه يتقيد بمكان يقدر على احضاره مجلس  
القاضي بدلالة الغرض وكذا اذا قيد لان التسليم في هذه الامكنة تسليم في مجلس القاضي بواسطة ولو شرط أن يسلمه  
في مصر معين فسلمه في مصر آخر يخرج عن الكفالة عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج عنها الا أن يسلمه في المصر  
المشروط (وجه) قوله ان التقييد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على اقامتها فيه دون غيره فكان  
التعيين مفيداً لفتيقده (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان المقصود من تسليم النفس هو الوصول الى الحق  
بالرافعة الى القاضي وهذا الغرض ممكن الاستيفاء من كل قاض فلا يصح التعيين ولو سلمه في السواد ولا قاضي فيه  
لا يخرج عن الكفالة لان التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة الى المقصود فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة  
ولو شرط أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضي يخرج عن الكفالة وكذا اذا عزل الامير وولى غيره فدفعه  
اليه عند الثاني لان التسليم عند كل من ولى ذلك محصل للمقصود فلم يكن التقييد مفيداً فلا يتقيد ولو كفل جماعة بنفس

رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برأ جميعاً وان كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقيون (وجه) الفرق ان  
الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الاحضار وقد حصل ذلك بواحد والداخل تحت الكفالات  
المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل باحضار واحد الا براءة فيبرأ هودون الباقيين وليس هذا كما اذا كفل جماعة بمال  
واحد كفالة واحدة أو متفرقة فأدى أحدهم يرى الباقيون لان الدين يسقط عن الاصيل بأداء المال فلا يبقى على  
الكفيل ما امر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كفل بنفس رجل فان لم يواف به غداً فعليه ما عليه وهو كذا فلقى الرجل  
الطالب فخاصمه الطالب ولا زمه فالمال على الكفيل وان لازمه الى آخر اليوم لانه لم يوجد من الكفيل الموافقة به ولو  
قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي اليك عن كفالة فلان يبرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس  
بأمره أو لانه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه فيصح التسليم كمن تبرع بقضاء دين غيره ان هناك لا يجبر على  
القبول وهنا يجبر عليه والفرق ان انعدام الجبر على القبول في باب المال للتحرز عن حقوق المنة المطالبة من جهة المتبرع  
لان نفسه ربح بالانطوائه بتحمل المنة فيتضرر به وهذا المعنى هنا معدوم لان تسليم نفسه واجب عليه ولا منة في  
أداء الواجب سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره لان نفسه مضمونة التسليم في الحالين والثاني البراءة  
اذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لان حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس  
وقد أسقط المطالبة عنه بالبراءة فينتهي الحق ضرورة ولا يكون هذا البراءة للاصيل لانه أسقط المطالبة عنه دون  
الاصيل ولو أبرأ الاصيل برأ جميعاً لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد بطل الضمان بالبراءة فينتهي حكم  
الكفالة والثالث موت المكفول بنفسه لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عنه فسقط عن  
الكفيل والله عز وجل أعلم (وأما) الكفيل بالاعيان المضمونة بنفسها والافعال المضمونة تنخرج عن الكفالة بأحد  
أمرين أحدهما تسليم العين المضمونة بنفسها ان كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها ان كانت هالكة وبحصل الفعل  
المضمون وهو التسليم والحمل والثاني البراءة فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكاري لان نفس هؤلاء غير  
مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم

**فصل** وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام في الرجوع في موضعين أحدهما في شرائط ولاية الرجوع  
والثاني في بيان ما يرجع به (أما) الشرط فأشياء منها ان تكون الكفالة بأمر المكفول عنه لان معنى الاستقراض  
لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله يرجع والصحيح قول العامة  
لان الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع (ومنها) أن يكون باذن صحيح وهو اذن من يجوز  
اقراره على نفسه بالدين حتى انه لو كفل عن الصبي المحجور باذنه فأدى لا يرجع لان اذنه بالكفالة لم يصح لانه من  
المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان (وأما) العبد المحجور فاذنه بالكفالة صحيح في حق  
نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤخذ به في الحال والله عز وجل أعلم (ومنها) اضافة  
الضمان اليه بأن يقول اضمن عني ولو قال اضمن كذا ولم يضيف الى نفسه لا يرجع لانه اذا لم يضيف اليه فالكفالة لم تقع  
اقرضاً ايأه فلا يرجع عليه (ومنها) أداء المال الى الطالب أو ما هو في معنى الاداء اليه فلا يملك الرجوع قبل الاداء لان  
معنى الاقراض والتملك لا يتحقق الا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله (ومنها) أن لا يكون للاصيل على الكفيل  
دين مثله فاما اذا كان فلا يرجع لانه اذا أدى الدين التي الدينان قصاصاً اذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على  
الاصيل لثبت للاصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع  
على الاصيل لان الهبة في معنى الاداء لانه لما وهب منه فقدم ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع عليه كما اذا ملكه بالاداء  
واذا وهب الدين من الاصيل يرى الكفيل لان هذا أو أداء المال سواء لانه لما وهب منه فقدم ملك ما في ذمته كما اذا  
أدى ومتى يرى الاصيل يرى الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولو مات الطالب فورته الكفيل



يرجع على الاصيل ولو ورثه الاصيل يبرأ الكفيل لان الارث من أسباب الملك فيملكه الاصيل متى ملكه  
برئ فيبرأ الكفيل كما اذا أدى ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الاصيل لان البراء اسقاط وهو في حق  
الكفيل اسقاط المطالبة لا غير ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الاصيل فلم يكن فيه معنى تعليق الدين أصلاً فلا  
يرجع ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبته منه جاز حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك  
لا يرجع عليه لان سبب وجوب الحق له على الاصيل وهو العقد باذنه موجود والبراء عن الحق بعد وجود سبب  
الوجوب قبل الوجوب جائز كالبراء عن الاجرة قبل مضي مدة الاجارة ولو لم يؤد الكفيل ما كفله به حتى عجل  
الاصيل لما كفله عنه ودفع الى الكفيل ينظر ان دفعه اليه على وجه القضاء يجوز لان ولاية الرجوع على الاصيل  
ان لم تكن ثابتة له في الحال لكنها ثبتت بعد الاداء فأشبهه الدين المؤجل اذا عجله المطلوب قبل حل الاجل انه يقبل منه  
ويكون قضاء كذا هذا ويرى الاصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطالب أيهما شاء  
فان أخذ من الاصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لانه تبين انه لم يكن قضاء وان كان الكفيل تصرف في  
ذلك المعجل ويرجع هل يطيب له الرجوع ينظر ان كان الدين دراهم أو دنانير يطيب بالاجماع لانهم لا يتعينان في عقود  
المعاوضات فحصل التملك باذن صاحبه فيطيب له الرجوع وان كان الدين مكيلاً أو موز وناما يتعين في العقد يطيب له  
الرجوع أيضاً عند أبي يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في كتاب البيوع انه يطيب له الرجوع  
ولم يذكر الخلاف وفي رواية قال يتصدق وفي رواية قال أحب الى أن يرد الرجوع على المكفول عنه هذا اذا دفعه اليه على  
وجه القضاء فاما اذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدي الدين مما دفعه اليه لا على وجه القضاء فتصرف فيه الوكيل ويرجع  
لا يطيب له الرجوع سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي  
يوسف يطيب وهو كاختلافهم في المودع والفاسد اذا تصرف في الوديعة والمنصوب ويرجع فيهما انه لا يطيب له  
الرجوع عندهما وعند أبي يوسف يطيب والمسئلة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى ولو قال الطالب للكفيل برئت الى  
من المال يرجع على الاصيل بالاجماع لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لما تذكر وفي قوله برئت من المال اختلاف  
تذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو كفل رجلان رجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى ثبت للطالب ولاية مطالبة  
كل واحد منهما بخمسائة فأدى أحدهما شيئاً من مال الكفالة فأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يخلو اما ان كفله كل  
واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده أو كفله واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر أو لم يكفله  
واحد منهما عن صاحبه أصلاً فان لم يكفله واحد منهما عن صاحبه أصلاً لا يرجع على صاحبه بشيء مما أدى لانه  
أدى عن نفسه لانه صاحبه أصلاً لانه لم يكفله عنه ولكنه يرجع على الاصيل لانه كفيل عنه بأمره وان كفله  
واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولم يكفله عنه صاحبه بما عليه فاقول قول الكفيل فيما أدى انه من كفالة صاحبه اليه أو  
من كفالة نفسه لانه لزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن الاصيل والثاني من جهة الكفالة  
عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الاداء عن أيهما شاء فاذا قال أدبته عن كفالة صاحبي  
يصديق ويرجع عليه لانه كفله عنه بأمره سواء أدى المال الى الطالب ثم قال ذلك أو قال ابتداء اني أؤدى عن كفالة  
صاحبي وكذا اذا قال أدبته عن كفالة الاصيل فقبل منه ويرجع عليه لانه كفله عنه بأمره سواء قال ذلك بعد اداء  
المال الى الطالب أو عنده ابتداء وان كفله كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فأدى كل واحد منهما يكون عن  
نفسه الى خمسائة ولا يقبل قوله فيه انه أدى عن شريكه لانه نفسه بل يكون عن نفسه الى هذا القدر فلا  
يرجع على شريكه وكذا اذا قال ابتداء اني أؤدى عن شريكه لانه نفسه لا يقبل منه ويكون عن نفسه  
الى هذا القدر ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدى على خمسائة لان المؤدى الى خمسائة له معارض والزيادة  
لا معارض لها فاذا زاد على خمسائة يرجع بالزيادة ان شاء على شريكه وان شاء على الاصيل وكذا لو اشترى

رجلان عبداً بألف درهم وكفله كل واحد منهما عن صاحبه بخصته من الثمن فأدى أحدهما يقع عن نفسه ولا  
يرجع على شريكه حتى يزید على النصف لما ذكرنا وكذلك المتفاوضان اذا افترا وعلمهما دين فلصاحب الدين  
أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيئاً لا يرجع على شريكه حتى يزید المؤدى على النصف لما ذكرناه هذا اذا  
كفلا كفالة واحدة ولم يكفله كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال فاما اذا كفله كل واحد منهما كفالة متفرقة  
بجميع المال عن المطلوب ثم كفله كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فأدى أحدهما شيئاً يرجع بكل المؤدى على  
الاصيل ان شاء وان شاء يرجع بنصفه على شريكه لان حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين  
الكفالة عن نفسه والكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه لتساويهما  
في الكفالتين بالمؤدى واذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الاداء كما ساواه في الكفالة  
بالمؤدى بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كفيل عن  
صاحبه بالكفالة عنه فيكون مؤدياً عن نفسه الى النصف وهما بخلافه لما مر

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول والله التوفيق ان الكفيل يرجع بما كفله لا بما أداه حتى لو كفله  
عن رجل بدرهم صحاح جياذ فاعطاه مكسرة أو زبوا فأنجز به المطالبة يرجع عليه بالصحيح الجياذ لانه بالاداء ملك  
ما في ذمة الاصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحيح الجياذ وليس هذا كالمأمور بأداء الدين لانه ان يرجع بالمؤدى  
لا بالدين لانه بالاداء ملك الدين بل أقرض المؤدى من الاثر فيرجع عليه بما أقرضه وكذلك لو أعطى بالدرهم دنانير  
أو شيئاً من المكيال أو الموزون فانه يرجع عليه بما كفله لا بما أدى لما ذكرنا بخلاف ما اذا صالح من الالف على  
خمسائة انه يرجع بالخمسائة لا بالالف لانه بأداء الخمسائة مملك ما في ذمة الاصيل وهو الالف لانه لا يمكن ايقاع  
الصالح تملكه كما هبنا لانه يؤدي الى الرافق اسقاط بعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به وعن محمد فيمن كفله  
بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصالح واقع عن الاصيل والكفيل  
جميعاً وبرئ جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير ولو قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة  
عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدينارين لان في الفصل الاول ايقاع الصالح على ثلاثة دنانير  
تصرف في نفس الحق باسقاط بعضه فكان الصالح واقعهما جميعاً فيبرأ جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة  
دنانير لانه ملك هذا القدر بالاداء فيرجع به عليه (واما) في الفصل الثاني فاضافة الصالح الى ثلاثة مقرر وبشرط  
البراء المضاف الى الكفيل ابراء للكفيل عن المطالبة بدينارين وبراء الكفيل لا يوجب ابراء الاصيل فيبرأ  
الكفيل ويبقى الديناران على الاصيل فيأخذ الطالب منهما والله التوفيق

### ﴿كتاب الحوالة﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الحوالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الحوالة وفي  
بيان ما يخرج به المحال عليه عن الحوالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) ركن الحوالة فهو  
الايجاب والقبول الايجاب من المحيل والقبول من المحال عليه والمحال جميعاً فلا يوجب ان يقول المحيل للطالب أحلتك  
على فلان هكذا او اقبل من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما ما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على  
القبول والرضا وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله ان لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك فاما اذا  
كان له عليه دين فيتم بايجاب المحيل وقبول المحتال (وجه) قوله ان المحيل في هذه الصورة مستوف حق نفسه يسد  
الطالب فلا يقف على قبول من عليه الحق كما اذا وكله بالقبض وليس هو كالحال لان الحوالة تصرف عليه بنقل حقه  
من ذمة الى ذمة مع اختلاف الذم فلا يصح من غير رضا صاحب الحق (ولنا) ان الحوالة تصرف على المحال



عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه ولان الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء و بعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافا الى التزامه

**فصل** وأما شرائط أنواع بعضها يرجع الى المحيل وبعضها يرجع الى المحال وبعضها يرجع الى المحال عليه

وبعضها يرجع الى المحال به (أما) الذي يرجع الى المحيل فانواع (منها) أن يكون عاقلا فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا عقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها (ومنها) أن يكون بالغاً وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتعقد حوالة الصبي العاقل موقفاً فإذ على اجازة وليه لان الحوالة ابراء بحالها وفيها معنى المعاوضة بما لها خصوصاً اذا كانت مقيدة فتعقد من الصبي كالبيع ونحوه فأما حرة المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد ما دوناً كان في التجارة أو محجوراً لانه ليس بتبرع بالتزام شيء كالكفالة فيملكها العبد غير انه ان كان مأذوناً في التجارة رجع عليه المحال عليه لئلا إذا أدى ولم يكن للعبد عليه دين مثله ويتعلق برقبته وان كان محجوراً يرجع عليه بعد العتق وكذلك الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض (ومنها) رضا المحيل حتى لو كان مكرهاً على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التملك فتفسد بالاكراه كسائر التملكات (وأما) الذي يرجع الى المحال فانواع (منها) العقل لما ذكرنا ولا يكون قبوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (ومنها) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فيتعقد احتياله موقفاً على اجازة وليه ان كان الثاني أملاً من الاول وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذه الشريطة لانه منهي عن قربان ماله الا على وجه الاحسن للآية الشريفة فيه ولا تقر بوامال اليتيم الا بالتي هي أحسن (ومنها) الرضا على لو احتال مكرهاً لا تصح لما ذكرنا (ومنها) مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف شرط النفاذ حتى ان المحتمل لو كان غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا ينفذ عندهما وعند أبي يوسف ينفذ والصحيح قولهما لان قبوله من أحد الاركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العتق فلا يقف على غائب عن المجلس كما في البيع (وأما) الذي يرجع الى المحال عليه فانواع أيضاً (منها) العقل فلا يصح من المجنون والصبي الذي لا عقل قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الانعقاد أيضاً فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا وان كان عاقلاً سواء كان محجوراً عليه أو مأذوناً في التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو بأمره (أما) اذا كانت بغير أمره فظاهر لانه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعاً بدينه وانتهائه وكذلك اذا كانت بأمره لانه تبرع بدينه فظاهر فلا يملك الصبي محجوراً كان أو مأذوناً في التجارة كالكفالة وان قبل عنه وليه لا يصح أيضاً لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولي (ومنها) الرضا حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح (ومنها) المجلس وانه شرط الانعقاد عندهما لما ذكرنا في جانب المحيل (وأما) الذي يرجع الى المحال به فنوعان أحدهما أن يكون ديناً فلا تصح الحوالة بالاعيان القائمة لانها نقل مافي الذمة ولم يوجد والثاني أن يكون لازماً فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبذل الكتابة وما يجري مجراه لان ذلك دين تسمية لا حقيقة اذ المولى لا يجب له على عبده دين والاصل ان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به (وأما) وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة سواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة والجملة فيه ان الحوالة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيد بالدين الذي عليه والمقيدة أن يقيد بذلك والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتبع من غير فصل الا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في أحكام (منها) انه اذا أطلق الحوالة ولم يكن له على المحال عليه دين فان المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير وان كان له عليه دين فان المحال عليه يطلب بدينين دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه

الحال بدين الحوالة ويطالبه المحيل بالدين الذي له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لان الحوالة لم تقيد بالدين الذي للمحال عليه لانها وجدت مطلقة عن هذه الشريطة فيتعلق دين الحوالة بدينه ودين المحيل بدينه على حاله واذا قيدها بالدين الذي عليه ينقطع حق مطالبة المحيل لانه قيد الحوالة بهذا الدين فيقيد به ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وان لم يكن رهناً على الحقيقة (ومنها) أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بان كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بان هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة عنه لكن اذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لانه قضى دينه بأمره ولو ظهر ذلك في الحوالة المطلقة لا تبطل لانه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به فاذا ظهر انه لا دين فقد ظهر انه لا حوالة لان الحوالة بالدين وقد تبين انه لا دين فتبين انه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد في الحوالة المطلقة لان تعلق الدين به بوجوب قسيده الحوالة ولم يوجد فلا يتعلق بالذمة فلا يظهر ان الحوالة كانت باطلة وكذلك لو قيد الحوالة بألف وديعة عند رجل فهلكت الالف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الالف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لانه يجب عليه مثلاً (ومنها) انه اذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل أن يؤدي المحال عليه الدين الى المحال وعلى المحيل ديون سوى دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن (ولنا) الفرق بين الحوالة والرهن وهوان الرهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى انه لو هلك يسقط دينه خاصة ولما اختص بغرمه اختص بنعمه لان الخراج بالضمان فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ألا ترى انه لو توى لا يستقطب دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلما لم يختص بغرمه لم يختص بنعمه أيضاً بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة في ذلك واذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه بدينه فليس له ذلك لان المال الذي قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت الحوالة مطلقة والمسئلة بحالها يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذي عليه ويقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال في ذلك وانما يؤخذ من المحال عليه لان الحوالة لم تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال في ذلك لان حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود الى المحيل ولكن القاضي يأخذ من غرماء المحيل كفيلاً لانه ثبت الرجوع اليهم لاحد رجلين (أما) المحال اذا توى ما على الآخر وأما المحال عليه اذا أدى الدين فالقاضي نصب ناظر الامور المسلمين فيحتاط في ذلك بأخذ الكفيل

**فصل** وأما بيان حكم الحوالة فتقول والله التوفيق الحوالة لها أحكام (منها) براءة المحيل وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء (وجه) قوله ان الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تغيير كما في الكفالة سواء (ولنا) أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازماً فيها والشيء اذا انتقل الى موضع لا يبقى في المحل الاول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملائة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الاصيل جاز وتكون حوالة لانه أي بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجباً لحوالة قال بعضهم انها نقل المطالبة والدين جميعاً وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين في ذمة المحيل (وجه) قول الاولين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فلا نأجمعنا على انه لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهبه ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ولو لا أن الدين انتقل الى ذمة المحال عليه وقرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الاول لان البراءة عن الدين وهبة الدين ولا دين محال ولصح الثاني لان البراءة عن دين ثابت وهبته منه صحيح وان تأخرت المطالبة كالبراءة عن الدين المؤجل (وأما) المعقول فلان الحوالة توجب النقل لانها



مشتقة من التحويل وهو النقل فيقتضي نقل ما أضيف اليه وقد أضيف إلى الدين لا إلى المطالبة لأنه إذا قلنا أحلت بالدين أو أحلت فلا نأيد به فيوجب انتقال الدين إلى المحال عليه لأنه إذا انتقل أصل الدين إليه انتقل المطالبة لأنها تابعة (وجهه) قول الآخرين دلالة الإجماع والمقول (أما) دلالة الإجماع فإن المحيل إذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعاً ويحبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعاً فينبغي أن لا يحبر على القبول كما إذا تطوع أجنبي بقضاء دين إنسان على غيره وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهبه منه يرتد برده كما إذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه ولو انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم الإبراء والهبة ولا ارتداد جميعاً بالرد كما لو أبرأ الأصل أو وهب منه وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وإن كانت الحوالة بأمره كفاً في الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه إذا لم يكن للمحيل عليه دين كفاً في الكفالة ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصاً كالكفالة سواء فدلّت هذه الأحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم إن الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الأصل فكذا في الحوالة (وأما) المقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة إبراء الأول بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام أصل الدين في ذمة المحيل (ومنها) ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لأن الحوالة أوجبت النقل إلى ذمة المحال عليه بدين في ذمته أما نقل الدين والمطالبة جميعاً وأما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على المحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لزمه المحال فكلما لزمه المحال فله أن يلزم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال وإذا حبسه له أن يحبسه إذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه منها وإن كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلزم المحيل إذا لزم ولا أن يحبسه إذا حبس لأن الحوالة إذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه متبرعاً وإن كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لزمه المحال عليه لكان للمحيل أن يلزمه أيضاً فلا يفيد والله عز وجل أعلم

**فصل** وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة فتقول وبالله التوفيق أنه يخرج من الحوالة باتهاء حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهي بأشياء (منها) فسخ الحوالة لأن فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتمة للفسخ ومتى فسخ تعود المطالبة إلى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعي رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى ولا تعود المطالبة إلى المحيل واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيل على ملء فليتبسع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولأن الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة فتفيد البراءة مطلقاً (ولنا) ما روى عن سيدنا عثمان رضي الله عنه أنه قال في المحال عليه إذا مات مقلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم وعن شريح مثل ذلك ذكره محمد في الأصل ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلافاً فكان إجماعاً ولأن الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة والأصل أن الدين لا يستقط إلا بالقضاء قال النبي عليه الصلاة والسلام الدين مقتضى الأمان الحق الإبراء بالقضاء في السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا إبراء فبقى الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة لأن الحوالة انتقلت المطالبة إلى المحال عليه لكن إلى غاية التوى لأن حياة الدين بالمطالبة فإذا توى لم تنق وسيلة إلى الأحياء فعادت إلى محلها الأصلي ولا حجة له في الحديث لأنه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشرطة الملازمة وقد ذهب بالأفلاس ثم التوى عند أبي حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما أحدهما أن يموت المحال عليه مقلساً والثاني أن يمجّد الحوالة ويختلف ولا يئنه للمحال وقد قال أبو يوسف ومحمد هما وبثالث وهو أن يفسد المحال عليه حال حياته ويقضى القاضي بالفلاس بناء على أن القاضي يقضى بالأفلاس حال حياته

حياته عندهما وعنده لا يقضى به (ومنها) أداء المحال عليه المال إلى المحال فإذا أدى المال خرج عن الحوالة إذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها (ومنها) أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله (ومنها) أن يتصدق به عليه ويقبله لأن الهبة والصدقة في معنى الإبراء (ومنها) أن يموت المحال فيرثه المحال عليه (ومنها) أن يبرئه من المال والله عز وجل أعلم

**فصل** وأما بيان الرجوع فجملة الكلام في الرجوع في موضعين في بيان شرائط الرجوع وفي بيان ما يرجع به أما شرائطه فأنواع (منها) أن تكون الحوالة بأمر المحيل فإن كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطالب إن لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على فرضي بذلك الطالب جازت الحوالة إلا أنه إذا أدى لا يرجع على المحيل لأن الحوالة إذا كانت بأمر المحيل صار المحال مملوكاً للدين من المحال عليه بما أدى إليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل وإن كانت بغير أمره لا يوجد معنى التملك فلا تثبت ولاية الرجوع (ومنها) أداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الأداء كالهبة والصدقة إذا قبل المحال عليه وكذا إذا ورثه المحال عليه لأن الإرث من أسباب الملك فإذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو أبرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لأن الإبراء استقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التملك إلا عند اشتغاله بالرد فإذا لم يوجد بقي استقاطه محضاً فلم يملك المحال عليه شيئاً فلا يرجع (ومنها) أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فإن كان لا يرجع لأن الدينين التقياً قصاصاً لأنه لو رجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضاً فلا يفيد فيتقاصا الدينين فيبطل حق الرجوع (وأما) بيان ما يرجع به فتقول وبالله التوفيق إن المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنانير عن الدراهم أو كان الدين دنانير فنقد دراهم عن الدنانير فتصار فجاز وراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افتراق قبل القبض أو شرط فيه الأجل والخيار يبطل الصرف ويعود الدين إلى حاله وإذا حلت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى لأن الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين لما ذكرنا في كتاب الكفالة وكذا إذا باعه الدراهم أو الدنانير عرضاً يرجع بمال الحوالة لما ذكرنا وكذا إذا أعطاه زبواً مكان الجهاد وتجوز بها المحال رجوع على المحيل بالجيد لما قلنا ولو صالح المحال المحال عليه فإن صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي يرجع على المحيل بالقدر المؤدى لأنه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وإن صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدراهم على دنانير أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين لأن الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضاً على كل الدين ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شيء وإنما أنت وكيلي في القبض والمقبوض لي وقال المحال لا بل أحتلني بألف كانت لي عليك فالقول قول المحيل مع يمينه لأن المحال يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه والله عز وجل أعلم

كتاب الوكالة

كتاب الوكالة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى التوكيل لغة وشرعاً وفي بيان ركن التوكيل وفي بيان شرائط الركن وفي حكم التوكيل وفي بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أما الأول فالتوكيل إثبات الوكالة والوكالة في اللغة تذكرة وبراها الحفظ قال الله عز وجل وقالوا احسبنا الله ونعم الوكيل أي الحافظ وقال تبارك وتعالى لا اله الا هو فاتخذوه وكلاء قال القراء أي حفظة وتذكرو براهم الاعتماد وهو يرض الأمر قال الله تعالى وعلى الله فليتوكل المتوكلون وقال الله تعالى عز وجل خبراً عن سيدنا هود عليه الصلاة والسلام أني توكلت على الله ربي وربكم أي اعتمدت على الله وفوضت أمري إليه وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضاً على تفرير الوضع اللغوي وهو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل ولهذا قال أصحابنا إن من قال لا خير وكنتك في كذا أنه يكون وكيلاً في الحفظ



لانه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه

**فصل** وأما بيان ركن التوكيل فهو الإيجاب والقبول فالإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو اذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجري مجراه فلم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد ولهذا لو وكل اسنانا بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم ير الغريم لأن تمام العقد بالإيجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كافي البيع ونحوه ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بالشرط نحو أن يقول ان قدس زيدا فأنت وكيل في بيع هذا العبد وقد يكون مضافا الى وقت بان يقول وكلتك في بيع هذا العبد غدا وبصر وكلا في الغد فابده ولا يكون وكلا قبل الغد لان التوكيل اطلاق التصرف والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كالطلاق والعاق والاذن العبد في التجارة والتملك كالبائع والهبة والصدقة والابراء عن الديون والتقييدات كمنزل الوكيل والجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعي لا يحتمل ذلك

**فصل** وأما شرائط قانون بيعها يرجع الى الموكل وبعضها يرجع الى الوكيل وبعضها يرجع الى الموكل به أما الذي يرجع الى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه لان التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف الى غيره فلا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض الى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا لان العقل من شرائط الأهلية ألا ترى أنهم لا يملكان التصرف بانفسهما وكذا من الصبي العاقل بما يملكه بنفسه كالطلاق والعاق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة ويصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه فيك تفويضه الى غيره بالتوكيل وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة فان كان مأذونا له في التجارة يصح منه التوكيل به لانه يملكها بنفسه وان كان محجورا يستند موقفا على اجازة وليه وعلى اذن وليه بالتجارة أيضا كما اذا فعل بنفسه لان في انعقاده فائدة لوجود الخبز للحال وهو المولى ولا يصح من العبد المحجور ويصح من المأذون والمكاتب لانهما يملكان بانفسهما فيملكان بالتفويض الى غيرهما بخلاف المحجور وأما التوكيل من المرتد فوقوف ان أسلم بنفذ وان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد هو نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده لوقوف املاكه وعند هان نافذة للثبوت أملاكه ويجوز التوكيل من المرتد بالاجماع لان تصرفاته نافذة بلا خلاف وأما الذي يرجع الى الوكيل فهو أن يكون عاقلا فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لما قلنا وأما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله وكالة الصبي غير صحيحة لانه غير مكلف ولا تصح وكالة المجنون (ولنا) ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائي غيب يارسول الله فقال صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من يكرهني ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك مني فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان صبيا والاعتبار بالمجنون غير سديد لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك ووجد هنا فتصح وكالته كالبالغ الا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع الى الوكيل اذا كان بالغاً واذا كان صبيا ترجع الى الموكل لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا رد الوكيل لا تمنع صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتد بان وكل مسلم مرتدا لان وقوف تصرفات المرتد لوقوف ملكه والوكيل يتصرف في ملك الموكل وانه نافذ التصرفات وكذا لو كان مسلما وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته لما قلنا الا أن يلحق بدار الحرب فيبطل وكالته لما نذكر في موضعه (وأما) علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم من يملكه حتى انه لو وكل رجلا ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى

يجز الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة لان حكم الامر لا يلزم الا بعد العلم بالأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالأمور به كافي أو امر الشرع (وأما) علم الوكيل على التمييز بالتوكيل فهل هو شرط ذكر في الزيادات انه شرط وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فانه قال اذا قال الموكل لرجل اذهب بعدي هذا الى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد اليه واخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صح شراؤه وان لم يخبره بذلك فالبيع جائز كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل وذكر في الزيادات انه لا يجوز البيع وصورة المسألة في الصبي المأذون وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع فانه قال اذا قال المولى لقوم بايعوا عبدي فأبى قد أذنت له في التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد باذن المولى لهم بالمبايعة وليس التوكيل كالوصاية فان من أوصى الى رجل غائب أي جملة وصيا بعد موته ثم مات الموصي ثم ان الوصي باع شيئا من تركه الميت قبل علمه بالوصاية والموت فان بيعه جائز استحسانا ويكون ذلك قبولا منه للوصاية حتى لا يملك اخراج نفسه منها والقياس أن لا يجوز والفرق أن الوصي خلف عن الموصي قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ولو باع الوارث تركه الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه فكذا الوصي بخلاف التوكيل لانه أمر من الموكل وحكم الامر لا يلزم الا بعد العلم أو سببه على ما مر فاذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط فان كان التوكيل بخضرة الموكل أو كتب الموكل بذلك كتابا اليه فبلغه وعلم ما فيه أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلا من أو رجل واحد عدل صار وكلا بالاجماع وان أخبره بذلك رجل واحد غير عدل فان صدقه صار وكلا أيضا وان لم يصدق به يبنى أن يكون على الاختلاف في العدل عند أبي حنيفة لا يكون وكلا وعند أبي يوسف وشهد يكون وكلا كافي الغزل على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يرجع الى الموكل فانه يرجع الى الموكل به فانه يرجع الى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز والجملة فيه ان التوكيل لا يخلو اما أن يكون بمقتضى الحق وجعل وهي الحدود واما أن يكون بمقتضى العباد والتوكيل بمقتضى الله عز وجل نوعان أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء أما التوكيل بالاثبات الحدود فان كان حادا لا يحتاج فيه الى الخصومة كحد الزنا وشرائح الخمر فلا يتقدر التوكيل فيه بالاثبات لانه ثبت عند القاضي بالينة أو الاقرار من غير خصومة وان كان مما يحتاج فيه الى الخصومة كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل بالاثبات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز ولا قبل البينة فيهما الا من الموكل وكذلك الوكيل بالاثبات التصاص على هذا الخلاف (وجه) قول أبي يوسف انه كما يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا بالاثبات لان الاثبات وسيلة الى الاستيفاء ولهما الفرق بين الاثبات والاستيفاء وهو امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهي منعدمة في التوكيل بالاثبات (وأما) التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة فان كان المقتدوف والمسروق منه حاضر او وقت الاستيفاء جاز لان ولاية الاستيفاء الى الامام وانه لا يتقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال وان كان غائبا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لان عدم الجواز لا يحتمل العفو والصلح وانه لا يحتملها وقال بعضهم لا يجوز لانه ان كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الاقرار والتصديق وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان (وجه) قوله ان هذا حقه فكان سبيل من استيفائه بنفسه وبنائيه كافي سائر الحقوق (ولنا) الفرق على قول بعض المشايخ وهو ما ذكرنا انه يحتمل أنه لو كان حاضر الصدق الرامي في امره أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق ويجوز التوكيل بالتعزير اثباتا واستيفاء بالاثبات وللوكيل أن يستوفى سواء كان الموكل غائبا أو حاضر لانه حق العبد ولا يسقط بالشبهات بخلاف الحدود والاختصاص ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين فأشبهه سائر الحقوق بخلاف الحد والتصاص (وأما) التوكيل باستيفاء التصاص فان كان الموكل وهو المولى حاضر اجاز لانه قد لا يتقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج الى التوكيل وان كان غائبا لا يجوز لان احتمال العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضرا



لعمري لا يجوز استيفاء التعاصم مع قيام الشبهة وهذا المعنى منعدم حاله الحاضرة وعند الشافعي رحمه الله يجوز وإن كان غائباً والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في حد القذف (وأما) التوكيل بحقوق العباد فتقول وبالله التوفيق حقوق العباد على نوعين نوع لا يجوز استيفاءه مع الشبهة كالنكاح وقدر حكم التوكيل بأنبائه واستيفائه ونوع يجوز استيفاءه وأخذ مع الشبهة كالديون والاعتاق وسائر الحقوق سوى التعاصم فتقول لا خلاف أنه يجوز التوكيل بالخصومة في إثبات الدين والعين وسائر الحقوق رضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والاصل فيه مروى عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أن سيدنا علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول إن لما الحما يحضرها الشياطين فجعل الخصومة إلى عتيل رضي الله عنه فلما كبر ورق حولها إلى وكان على يمول ما قضى لو كيلي فلي وما قضى على وكيلي فعلى ومعلوم أن سيدنا علياً رضي الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله رضا الخصم فدل على الجواز رضا الخصم واختلف في جوازه بغير رضا الخصم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز من غير عذر المرض والسفر وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الأحوال كلها وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الخصاص أنه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والسكران والشيبي لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنوا في المرأة إذا كانت مخدرة غير بريرة فجزوا توكيلها وهذا استحسان في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا يجوز التوكيل بالسكر وهذا غير سديد لما يذكر (وجه) قولهم أن التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة ذلك أن الدعوى حق المدعى والآنكار حق المدعى عليه فقد صادف التوكيل من المدعى والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كالموكل كان خصمه بنفسه ولا في حنفية رحمه الله أن الحق هو الدعوى الصادقة والآنكار الصادق ودعوى المدعى خبر يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط وكذا الآنكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعى فلم يكن كل ذلك حقاً فكان الأصل أن لا يلزم به جواب إلا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وإحياء الحقوق الميتة وحق الضرورة يصير مقتضياً بجواب الموكل فلا يلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما أن الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل الخن بجنته فيعجز من يخاضه عن إحياء حقه فيتضرر به فيشترط رضا الخصم ليكون لزم الضرر مضافاً إلى التزامه وإذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً أو عاجزاً عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لصاعت الحقوق وهلكت وهذا لا يجوز وكذلك إذا كانت المرأة مخدرة مستورة لأنها تستحي عن الحضور لحافل الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرة كانت أو ثيباً فيضيع حتها (وأما) في مسألة لا ضرورة ولو وكل بالخصومة واستثنى الإقرار وتزكية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز وبصير وكيلاً بالآنكار سواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه إذا وكل الطالب واستثنى الإقرار يجوز وإن وكل المطلوب لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن استثناء الإقرار في عقد التوكيل إنما جاز لحاجة الموكل إليه لأن الوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو أطلق التوكيل من غير استثناء لتضرر به الموكل وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب لأن كل واحد منهما يحتاج إلى التوكيل بالخصومة هذا إذا وكل بالخصومة واستثنى الإقرار في العقد فإذا وكل مطلقاً ثم استثنى الإقرار في كلام منفصل يصح عند أبي يوسف وعند محمد لا يصح (وأما) التوكيل بالإقرار فذكر في الأصل أنه يجوز وذكر الطحاوي أنه لا يجوز ويجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمناوضة والعبد المأذون والمكاتب لأنهم يملكون الخصومة بأنفسهم فيملكون تفويضها إلى غيرهم بالتوكيل ويجوز من الذمي كما يجوز من المسلم لأن حقوقهم مصنوعة مرمية عن الضياع كحقوقنا ويجوز التوكيل قبض الدين لأن الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج

إلى التفويض إلى غيره كالتوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات إلا أن التوكيل قبض رأس مال السلم وبدل الصرف إنما يجوز في المجلس لأن الموكل إنما يملك القبض فيه لا في غيره وإذا قبض الدين من الغريم يرى الغريم لأن القبض الصحيح يوجب البراءة ويجوز الوكالة بتضاء الدين لأنه يملك القضاء بنفسه وقد لا ينهيه القضاء بنفسه فيحتاج إلى التفويض إلى غيره سواء كان الموكل حراً أو عبداً مائناً أو مائناً لا مائناً لهما يملكان القضاء بأنفسهما فيملكان التفويض إلى غيره أيضاً ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة لأن هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليها غيره ويجوز بالنكاح والخلع والصالح عن دم العمد والكتابة والاعتاق على مال والصالح على أنكاره لأن يملك هذه التصرفات بنفسه فيملك تفويضها إلى غيره ويجوز لهبة والصدقة والاعارة والإبداء والرهن والاستعارة والاستنباه والارتهاق لما قلنا ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا ويجوز بالأقراض والاستقراض إلا أن في التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل إلا إذا بلغ على وجه الرسالة بأن يقول أرسلني فلان إليك لاستقراض كذا ويجوز التوكيل بالصلح والبراءة ويجوز بالطلاق والعتاق والاعارة والاستعجار لما قلنا ويجوز بالسلم والصرف لأنه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما إلى غيره إلا أن قبض البدل في المجلس شرط بقاء العقد على الصحة والعبرة ببقاء العاقدين وافتراقهما لأن حقوق العقد راجعة إليهما لئلا يكرها إذا قبض الوكيلان في المجلس فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العقد على الصحة بخلاف الرسولين إذا قبض أحدهما في المجلس ثم افتراقه يبطل العقد لأن حقوق العقد لا ترجع إلى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد فإذا افتراق حصل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر ولا تعتبر مفارقة الموكل لأن الحقوق لا ترجع إليه بل هو أجني عنها فبقاؤه وافتراقه بمنزلة واحدة ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لأنهما يملكان الموكل مباشرهما بنفسه فيملك التفويض إلى غيره إلا أن لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في أحد نوعي الوكالة دون النوع الآخر وبيان ذلك أن التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام أن يقول له اشتر لي ما شئت أو ما رأيت أو أي ثوب شئت أو أي دار شئت أو ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب ويصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والتمن لأنه فوض الرأي إليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبيعاعة والمضاربة والخاص أن يقول اشتر لي ثوباً أو حيواناً أو دابة أو جوهراً أو عبداً أو جارية أو فرساً أو بغلاً أو حماراً أو شاة والأصل فيه أن الجهالة أن كانت كثيرة تمتنع حجة التوكيل وإن كانت قليلة لا تمتنع وهذا استحسان والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها ولا يجوز إلا بعد بيان النوع والصفة ومتدار التمن لأن البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة البسيطة فلا يصح التوكيل بهما أيضاً (وجه) الاستحسان ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام ليشتري له به أضيحة ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من حجة التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الأضيحة وقد رآه من جهالة القليلة في باب الوكالة لا تنفي إلى المنازعة لأن مبنى التوكيل على الفسحة والمساعدة فالظاهر أنه لا يجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع لأن مبناه على المضايقة والمما كسة لكونه معاوضة المال بالمال فالجهالة فيه وإن قلت تنفي إلى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق وإذا ثبت أن الجهالة القليلة غير مانعة ففي كل موضع قلت الجهالة صح التوكيل بالشراء والأفلا فينظر أن كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه ما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به إلا بعد بيان النوع وذلك نحو أن يقول اشتر لي ثوباً لأن اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب البرسيم والقطن والكتان وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فتمت حجة التوكيل فلا يصح وإن سمي الثمن لأن الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا تقل إلا بدكر النوع بأن يقول اشتر لي ثوباً هروياً فان سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا إذا قال اشتر لي حيواناً أو قال اشتر لي دابة أو أرضاً أو مملوكاً أو جوهراً أو حبواً بالان كل واحد منها اسم جنس يدخل تحته أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بأن يقول ثوباً هروياً فإذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا إذا قال



اشترى دار الايصاح لان بين الدار والدار تفاوتاً فاحشاً فان عين الدار يجوز وان لم يعين ولكنه بين التمن جاز أيضاً ويقع على دور المصر الذي وقع فيه الوكيل لان الجهالة تقل بعد بيان التمن وروى عن أبي يوسف انه لا يصح التوكيل بعد بيان التمن حق بعين مصر من الامصار ولو قال اشترى داراً في موضع كذا أو حبة لؤلؤ أو قص باقوت أو حمر ولم يسم التمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا نصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان التمن وان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه لا يقع الا على نوع واحد يكتفى فيه بذكر أحد أمرين اما الصفة بان قال اشترى عبداً تركياً أو مقدار التمن بان قال اشترى عبداً بالف درهم لان الجهالة تقل بذكر أحدهما وبحال الموكل لان الصفة نصير معلومة بذكر التمن وان لم يذكرها واذا ذكر الصفة نصير التمن معلوماً بحال الأمر فما يشتر به أمثاله عادة حتى انه لو خرج المشتري عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل كذا روى عن أبي يوسف فيمن قال اشترى خادماً من جنس كذا ان ذلك يقع على ما يتعامله الناس من ذلك الجنس فان كان التمن كثيراً لا يتعامل الناس به لم يجز على الأمر وكذا البدوي اذا قال اشترى خادماً محبشاً فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار بحال الموكل فان لم يذكر أحدهما أصلاً فالوكالة باطلة لان الجهالة غشت بترك ذكرهما جميعاً فنمت حجة الوكالة ولو قال اشترى حميراً أو بغلاً أو فرساً أو بعيراً ولم يذكر له صفة ولا تمنا قالوا انه يجوز لان النوع صار معلوماً بذكر الحمير والبغل والفرس والبعير والصفة نصير معلومة بحال الموكل وكذا التمن فينظر ان اشترى حميراً بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر قدر ما يتغابن الناس في مثله جاز على الموكل اذا كان الحمير ما يشترى مثله الموكل وان كان مما لا يشترى مثله الموكل لا يجوز على الموكل ويلزم الوكيل وان اشترى بمثل قيمته نحو ان يكون الموكل مكاراً فاشترى الوكيل حميراً مصر ياصح للركوب لان مثله يشترى الحمير للعمل والحمل لا للركوب ولو قال اشترى شاة أو بقرة ولم يذكر صفة ولا تمناً لا يجوز لان الشاة والبقرة لا نصير معلومة بالصفة بحال الموكل ولا بد وان يكون أحدهما معلوماً ما بيننا ولو قال اشترى حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكر أحد شئين اما قدر التمن واما قدر التمن وهو المكيل لان الجهالة لا تقل الا بذكر أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات ولو وكله ليشترى له طيلساناً لا يصح الا بعد بيان التمن والنوع لان الجهالة لا تقل الا بعد بيان أحدهما والله عز وجل أعلم

**فصل** وأما بيان حكم التوكيل فتقول وبالله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف اليه وكيلاً لان التوكيل اثبات الوكالة وللوكالة أحكام (منها) ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل فيحتاج الى بيان ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته وما لا يملكه فتقول وبالله التوفيق الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله في الجملة عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يملك والاب والوصي وأمين القاضى لا يملك الاقرار على الصغير بالاجماع (وجه) قولهما ان الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والاقرار مسألة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة فلا يملكه الوكيل (ولنا) ان التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذي هو حق عند الله عز وجل وقد يكون ذلك انكاراً وقد يكون اقراراً فاذا اقر على موكله دل ان الحق هو الاقرار فينفذ على الموكل كما اذا اقر على موكله وصدقه الموكل ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد يصح اقراره في مجلس القاضى لا في غيره وقال أبو يوسف يصح فيه وفي غيره (وجه) قوله ان التوكيل تفويض ما يملكه الموكل الى غيره واقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضى فكذا اقرار الوكيل ولهما انه فوض الامر اليه لكن في مجلس القاضى لان التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة وكل ذلك يختص بمجلس القاضى ألا ترى ان الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضى وكذا الخصومة لا تندفع باليمين في غير مجلس القاضى فتتيسر بمجلس القاضى الا أنه اذا اقر في غير مجلس القاضى يخرج عن الوكالة وينزل لانه لو بقي وكيلاً بقي وكيل بالاقرار عيناً لان الانكار لا يسمع منه للتناقض والاقرار عيناً غير موكل به والوكيل بالخصومة في مال اذا قضى القاضى به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يملك (وجه) قوله ان

المطلوب من الوكيل بالخصومة الا هتداء ومن الوكيل بالقبض الامانة وليس كل من يتدى الى شئ يؤمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلاً بالقبض (ولنا) انه لما وكل بالخصومة في مال فقد ائتمنه على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتمى الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلاً بالقبض والوكيل بتقاضى الدين يملك القبض في ظاهر الرواية لان حق التقاضى لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلاً بالقبض ولان التقاضى والاقتضاء والاستيفاء واحد الا ان المتأخرين من أصحابنا قالوا انه لا يملك في عرف ديارنا لان الناس في زماننا لا يرضون قبض المتقاضى كالوكلاء على أبواب القضاة لئلا يهملوا في أموال الناس والوكيل قبض الدين يملك الخصومة في اثبات الدين اذا أنكر الغريم عند أبي حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة أيضاً فيملك اقامة البينة وكذا لو أقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين استوفى منه أو أبرأه عنه قبلت بيئته عنده وعندهما لا قبل ولا يملك وأجمعوا في الوكيل قبض العين اذا أنكر من في يده انه لا يملك بالخصومة حتى لا يملك اقامة البينة ولو أقام المدعى عليه البينة انه اشترى ما من الذي وكله بالقبض لا تسمع منه بيئته في اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل في الحال الى أن يحضر الموكل وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالبيع والتسمة انه يملك الخصومة (وجه) قولهما ان التوكيل قبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق فلا يتعدى الى الخصومة كالتوكيل قبض العين ولا يبي حنيفة ان التوكيل قبض الدين توكيل بالمبادلة والحق في مبادلة المال بالمال يتعلق بالعاقد كما في البيع والجارعة ودلالة ذلك ان استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما ان يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال واما ان يكون عبارة عن مال حكى في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاءه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بما في ذمة الغريم وتمليك هذا التدر المأخوذ من المال فاشبه البيع والخصومة في حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل قبض التمن لان ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لان عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها الا بأمر جديد فهو الفرق بين الفصلين فاذا لم يملك الخصومة لا تسمع بيئته المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض لانها بيئته قامت لا على خصم ولكنها تسمع في دفع قبض الوكيل ويجوز أن تكون البينة مسموعة من وجه دون وجه كمن وكل انساناً بنقل زوجته الى حيث هو فوطأ بها الوكيل بالانتقال فأقامت البينة على ان زوجها طلقها نالاً تسمع هذه البينة في اندفاع حق الوكيل في النقل ولا تسمع في اثبات الحرمة كذا هذا وكذلك الوكيل بأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذا الرد بالبيع والتسمة فيهما معنى المبادلة فكانت الخصومة فيهما من حقوقهما فيملك الوكيل بالبيع والوكيل بالقبض اذا أراد أن يوكل غيره هذا على وجهين (اما) ان كانت الوكالة عامة بان قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ماشئت أو ما صنعت من شئ فهو جاز على أو نحو ذلك (واما) ان كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض فان كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض لان الاصل فيما يخرج مخرج العموم اجراءه على عموميه وان كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض لان الوكيل يتصرف بتفويض الموكل فيملك قدر ما فوض اليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ الغريم من الدين لان توكيله بالقبض اذا لم يصح قبضه وقبض الاجنبي سواء فان وصل الى يد الوكيل الاول برى الغريم لانه وصل الى يدهم هونائب الموكل في القبض وان هلك في يده قبل أن يصل الى الوكيل الاول ضمن القابض للغريم لان قبضه بحجة استيفاء الدين والقبض بحجة استيفاء الدين قبض بحجة المبادلة على ما مر والمقبوض بحجة المبادلة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشراء وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الاول لانه صار مغروراً من جهة توكيله بالقبض فيرجع عليه اذ كل غرض من الغرور بما لحقه من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين لما قلنا ان توكيله بالقبض لم يصح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه واذا أخذ منه رجوع الغريم على الوكيل الثاني لما قلنا ويرجع الوكيل الثاني على الاول بحكم الغرور لما قلنا ان الوكيل قبض الدين للموكل على انسان معين أو في بلد



معي لا تلك أن تعدى إلى غيره لأن المتصرف بحكم الأمر وليس للوكيل قبض الدين أن يأخذ عوضا عن الدين وهو أن يأخذ عينا مكانه لأن هذه معاوضة مقصودة وانما لا تدخل تحت التوكيل قبض الدين وهذا ما بينا أن قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل بقبضه حقيقة إلا أن التوكيل قبض الدين جعل توكيلا بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المعلقة بالتوكيل قبض الدين وحق الضرورة يصير متضمنا بثبوتها ضمن العقد فثبتت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلا فلا يملكها الوكيل ولو كان لرجل على رجل دين فباعه الإنسان إلى الغريم وقال إن الطالب أمرني أن أقبضه منك فان صدقه الغريم وأراد أن يدفع إليه لا يمنع منه وإن أبي أن يدفع إليه يجبر على الدفع في الدين وفي العين لا يجبر عليه والفرق أن التصديق في الدين أقرار على نفسه فكان مجبوراً على التسليم وفي العين أقرار على غيره فلا يصح الابتصديق ذلك الغير وإن لم يصدقه لم يجبر على الدفع فان دفعه إليه ثم جاء الطالب فان صدقه مضى الأمر وان كذبه وأنكر أن يكون وكله بذلك فهذا على وجوه ثلاثة إما أن صدقه ودفعه إليه وإما أن كذبه ومع ذلك دفع إليه وإما أن لم يصدقه ولم يكذبه ودفع إليه فان صدقه في الوكالة ولم يضمنه فباع الطالب قال له ادفع الدين إلى الطالب ولا حق لك على الوكيل لأنه لما صدقه في الوكالة فقد أقر بملكه وأقراره صحيح في حق نفسه فكأنه يقول إن الوكيل كان محتافا قبض وان الطالب ظالم فبما قبض مني وان ظلم على مبطل فلا أظلم على محق وان صدقه وضمنه ما دفع إليه ثم حضر الطالب فأخذ منه يرجع هو على القابض لأن الغريم وإن أقر أن القابض محق في القبض بتصدقه إياه في الوكالة فمنده ان الطالب مبطل فيه ظالم فبما قبض منه فاذا ضمنه فقد أضاف الضمان إلى ما قبضه الطالب عنه بغير حق وإضافة الضمان إلى المقبوض المضمون صحيح كما إذا قال ما غصبك فلان فعلى وان كذبه في الوكالة ومع ذلك دفع إليه أن يضمن الوكيل لأن عنده أنه مبطل في القبض وانما دفعه إليه على رجاء أن يجوزه الطالب وكذا إذا لم يصدق ولم يكذب لأنه لم يوجد منه الاقرار بكونه محتافا قبض فيملك الرجوع عليه الوكيل قبض الدين إذا قبضه فوجده معيافا كان للموكل رده فله رده وأخذ به لأنه قائم مقام الموكل فهو يملك قبض حقه أصلا ووصفا كذا الوكيل ولو وكل رجلا قبض دين له على رجل وغاب الطالب فادعى الغريم أنه قد أوفاه الطالب لا يحتاج الوكيل إلى إقامة البينة ولا إلى احضار الطالب ليحلفه لكن يقال للغريم ادفع الدين إلى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه أن أردت يمينه فان حلف والارجعت عليه لأنه مقرر بالدين والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم بسقوطه بدعوى الإيفاء مع الاحتمال بل يجبر على التسليم إلى الوكيل وكذلك الوكيل يطلب الشفعة إذا ادعى المشتري أن الشفعة قد سلم للشفعة يؤمر بتسليم الدار إلى الوكيل ثم يقال له اتبع الشفعة وحلفه أن أردت يمينه لأن المشتري مقرر بثبوت حق الشفعة لأن تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال فيؤمر بتسليم المشتري إلى الوكيل وهذا بخلاف الوكيل بالرد بالعيب إذا ادعى البائع أن المشتري قد رضى بالعيب أنه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل فيحلف بالله تعالى ما رضى بهذا العيب لأن البائع بقوله رضى المشتري بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب إذ ليس كل عيب موجبا للرد ألا ترى أنه لو اشتراه وهو عالم بعيبه ليس له حق الرد مع وجود العيب فيتوقف على حضور الموكل وعينه فان أراد الغريم أن يحلف الوكيل بالله عز وجل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يكن له أن يحلفه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال زفر يحلفه على علمه فان أبي أن يحلف خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان الطالب على حجة (وجهه) قول زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزمه وسقط حقه من القبض فاذا أنكر يستحلف لجواز أنه ينكل عن اليمين فيستقط حقه (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام واليمين على المدعى عليه والغريم ما دعى على الوكيل شيئا وانما ادعى على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجرى فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولاية استحلاف الوكيل وهذا بخلاف ما إذا مات الطالب فادعى الغريم أنه قد كان استوفاه حال حياته وأنكر الوارث أن له أن يستحلف الوارث على علمه

بالله تعالى ما يعلم أن الطالب استوفى الدين لأن هناك الوارث مدعى عليه لأن الغريم مدعى عليه بطلان حقه في الاستيفاء الذي هو حقه فلم يكن استحلافه بطريق النيابة عن المورث إلا أنه يستحلف على علمه لأنه يستحلف على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل بشرة غيره يستحلف على العلم لا البت لأنه لا علم له به أنه فعل ذلك أو لم يفعل فان أقام الغريم البينة على الإيفاء سمعت يمينه عند أبي حنيفة وعندهما لا تسمع وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة بناء على أن الوكيل قبض الدين هل يكون وكيلا بالمعصية فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على هذا الاختلاف إذا أقام الغريم البينة أنه أعطى الطالب الدرهم الدنانير أو باعه بها عرضا فيمينه مسموعة عنده وعندهما غير مسموعة لأن إيفاء الدين بطريق المبادلة والمقاصة ويستوى فيهما الجنس وخلاف الجنس فكان الخلاف في الكل ثابتا (وأما) الوكيل بالبيع والتوكيل بالبيع لا يخلو إما أن يكون مطلقا وإما أن يكون مقيدا فان كان مقيدا إراعى فيه القيد بالاجماع حتى أنه إذا خالف قیده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على إجازته إلا أن يكون خلافا إلى خير لما مر أن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيبلى من التصرف قدر ما ولاه وان كان الخلاف إلى خير فاما نقلا عن أن كان خلافا فاصورة فهو وفاق معنى لأنه أمر به دلالة فكان متصرفا بتولية الموكل فتفذيان هذه الجملة إذا قال بع عبدى هذا بالف درهم فباعه بأقل من الالف لا ينفذ وكذا إذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ وان كانت قيمته أكثر من ألف درهم لأنه خلاف إلى شر لأن أغراض الناس تختلف باختلاف الاجناس فكان في معنى الخلاف إلى شر وان باعه بأكثر من ألف درهم نقلا عن خلاف إلى خير فلم يكن خلافا أصلا وكذلك على هذا لو وكله بالبيع بالف درهم حالة فباعه بالف نسبية لا ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بأن يبيعه بالف درهم نسبية فباعه بألف حالة نقلا عن قلنا وان وكله بأن يبيع ويشترط الخيار للامر فباعه ولم يشترط الخيار لم يجز بل يتوقف ولو باع وشترط الخيار للامر ليس له أن يجز لا لو ملك الإجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة هذا إذا كان التوكيل بالبيع مقيدا فأما إذا كان مطلقا فإراعى فيه الاطلاق عند أبي حنيفة فيملك البيع بالتقليل والكثير وعندهما لا يملك البيع إلا بما يتقايان الناس في مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما (وجهه) قولهما أن مطلق البيع ينصرف إلى البيع المتعارف والبيع بغير فاحش ليس بتعارف فلا ينصرف إليه كالتوكيل بالشراء ولا بيمين حنيفة أن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده بالبدل والعرف متعارض فان البيع بغير فاحش لغرض التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أخرج منه متعارف أيضا فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض مع ما أن البيع بغير فاحش ان لم يكن متعارفا فاعلا فهو متعارف ذكرنا وتسمية لأن كل واحد منهما يسمى بيعا وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب لغة وقد وجد ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف ذكرنا وتسمية من غير اعتبار الفعل ألا ترى أن من حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الأدمى أو لحما الخنزير يحنث وان لم يكن أكله متعارفا لكونه متعارفا إطلاقا وتسمية كذا هذا (وأما) التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن جوازه ثبت على خلاف القياس لكونه أمرا بالتصرف في مال غيره وذكرنا فيمنع أن يرى أنه يصح بدون ذكر الثمن إلا أنه يجوز باعتبار الحاجة إذ كل أحد لا يتنبأ له أن يشتري بنفسه فيحتاج إلى من يوكل به غيره والحاجة إلى التوكيل بالشراء ثمن جرى التعارف بشراء مثله مثله فينصرف الأمر بمطلق الشراء إليه البتة الثاني المشتري منهم بهذا الاحتمال أنه يشتري لنفسه فلما تبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة في البيع منعقدة فهو الفرق وكذلك يملك البيع بغير الاثمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعي رحمه الله وملك البيع بالتقيد والتسوية عنده وعندهما لا يملك إلا بالتقيد والخروج من الطرفين على نحو ما ذكرنا في البيع بغير فاحش ولو باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على وجهين إما أن كان ذلك مما لا ضرر في بيعه كالمكيل والموزون بان كان وكيلا ببيع عبد بن فباع أحدهما جاز بالاجماع وان كان في تبعية ضرر بان وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز إلا بإجازة



الموكل أو يبيع النصف الباقي ولو كان وكيله بالشراء فاشترى نصفه لم يلزم إلا ما أجماع إلا أنه يشتري الباقي ويحيزه الموكل (وجه) قولهما الجمع بين البيع والشراء وهو العرف والعادة وجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة في الأعيان ولا في حنيفة الفرق بين البيع والشراء على ما مر ألا يرى أن عنده لو باع الكل بهذا التقدر من الثمن يجوز فلان يجوز بيع البعض به أولى لأنه يقع موكله حيث أمسك البعض على ملكه وهذا الفرق الشراء لأن الوكيل بالشراء إذا اشترى النصف ثمن الكل لا يجوز والوكيل بالبيع ملك ابراء المشتري عن الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن يأخذه عوضاً وله أن يصالح على شيء ويحتمل به على انسان وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيئاً من ذلك (وجه) قولهما أن الوكيل بالبراء واخوانه تصرف في ملك الموكل من غير إذنه فلا ينفذ عليه كالأول فعملها أجنبي (وجه) قوله أنه تصرف في حق نفسه بالبراء لأن قبض الثمن حقه فكان الإبراء عن الثمن إبراء عن قبضه تصحيحاً لتصرفه بقدر المكان ولو استقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لأنه لو بقي لبق ديناً لا يحتمل القبض أصلاً وهذا مما لا نظير له في أصول الشرع ولأن ديناً لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفسد فيسقط ضرورة ويضمن الثمن للموكل لأنه وإن تصرف في حق نفسه لكنه تعدى إلى ملك غيره بالانحياز فيجب عليه الضمان وكذلك إذا أخذ بالثمن عوضاً عن المشتري لأنه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح متى ملك ذلك فيملك رقبة الدين ضرورة بما أخذه من العوض ويضمن لما ذكرنا وكذا إذا صالحه على شيء لأن الصلح مبادلة وكذا إذا أحاله المشتري بالثمن على انسان وقبل الوكيل الحوالة لأنه قبل الحوالة تصرف في حق نفسه بالبراء عنه لأن الحوالة مبرئة وذلك بوجوب سقوط الدين عن الخيل فيه لما ذكرنا ويضمن لما قلنا وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض وأنه صادف حق نفسه فيصح لكنه تعدى إلى الموكل بثبوت الحوالة بينه وبين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره لأن مبنى الوكالة على الخصوص لأن الوكيل يتصرف بولاية مستفاداً من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت العموم إلا بلفظ يدل عليه وهو قوله اعمل فيه برأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فإن وكل غيره بالبيع فباع الثاني بحضرة الأول جاز وإن باع بغير حضرته لا يجوز إلا أن يحيزه الأول أو الموكل وكذا إذا باعه فضولى قبل الوكيل أو الموكل فأجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الأول أو لم يكن بحضرته وقال ابن أبي ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لأن عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل بل المقصود رأيه فإذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف رأيه فنفذ وإذا باعه لا بحضرته أو باع فضولى فقد خلا التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه يتقدم موقفاً على إجازة الوكيل أو الموكل لصدر التصرف من أهله في حله وليس للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لأن الحقوق تتعلق بالعاقبة فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسماً مطالباً ومطالباً وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وإن أمره الموكل بذلك لما قلنا ولأنه منهم في ذلك وليس له أن يبيع من أبيه وجده وولده وولد ولده الكبار وزوجته عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة واجمعوا على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قولهما أن البيع من هؤلاء ومن الأجنبي سواء لأن كل واحد منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولا في حنيفة أن البيع من هؤلاء يبيع من نفسه من حيث المعنى لا اتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملك من هؤلاء بخلاف الأجنبي ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لأن البيع من عبده يبيع من نفسه لأنه لا يملك له وكذا المكاتب لأنه عبد مابق عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا يحتج أن اتصال منافع الملاك بينهما تورث التهمة لهذا لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الأجنبي ولو عم الوكيل فقال اصنع ماشئت أو بيع من هؤلاء أو أجاز ما صنع الوكيل جاز بيعه بالاتفاق ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده إذا لم يكن عليه دين محال الوكيل بالبيع مطلقاً يملك البيع الصحيح والفاسد لأن اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين إذا هو مبادلة شيء مرغوب

بشيء مرغوب وقد وجد بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقاً أنه لا يملك النكاح الفاسد لأن المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل والمقصود من البيع الملك وأنه يثبت بالبيع الفاسد وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يملك وقال محمد لا يملك وبه أخذ الشافعي رحمه الله (وجه) قول محمد أن البيع الفاسد يبيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل بأحدهما وكيلاً بالآخر فإذا باع بيعاً صحيحاً حماراً مخالفاً (ولهما) أن هذا ليس بخلاف حقيقة لأن البيع الصحيح خير وكل موكل شيء موكل بما هو خير منه دلالة والثابت دلالة كالتأنيص فكان أن يباوكل به فلا يكون مخالفاً (وأما) الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو أماناً كان مطلقاً أو كان مقيداً فإن كان مقيداً إرأى فيه التقيدهما على ما ذكرنا سواء كان التقيدهما راجعاً إلى المشتري أو إلى الثمن حتى أنه إذا خالف يلزم الشراء إلا إذا كان خلافاً إلى خير فيلزم الموكل مثال الأول إذا قال اشتر لي جارية أطوها أو أستخدمها أو اتخذها أم ولد فاشترى جارية بحوسيه أو أخته من الرضاع أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل وكذلك إذا قال اشتر لي جارية فتخدمني فاشترى جارية مقطوعة اليد أو الرجلين أو عمية لأن الأصل في كل مقيد اعتبار التقيدها لا يفيد اعتبارها واعتبار هذا النوع من التقيدها وكذا إذا قال اشتر لي جارية تركية فاشترى جارية حبشية لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا ومثال الثاني إذا قال له اشتر لي جارية بألف درهم فاشترى جارية بأكثر من ألف تلزم الوكيل دون الموكل لأنه خالف أمر الموكل فيصير مشترياً بنفسه ولو قال اشتر لي جارية بألف درهم أو بمائة دينار فاشترى جارية بما سوى الدرهم والدنانير لا تلزم الموكل إجماعاً لأن الجنس مختلف فيكون مخالفاً ولو قال اشتر لي هذه الجارية بمائة دينار فاشترى بألف درهم قيمتها مائة دينار ذكر الكرخي أن المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل لأن الدرهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقيدهما مقيداً وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزم الموكل كأنه اعتبرهما جنساً واحداً في الوكالة كما اعتبر جنساً واحداً في الشفعة وهو أن الشفع إذا أخبر أن الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة ثم ظهر أنها بيعت بدرهم وقيمتها مثل الدنانير صح التسليم كذا همنا فإن اشترى جارية بألف درهم فإن كان مثلاً يشتري بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتقارب الناس فيه يلزم الموكل وإن كان النقصان مقدار ما لا يتقارب الناس فيه يلزم الوكيل لأن شراء الوكيل المعروف المعروف وإن اشترى جارية بمائة درهم ومثلها يشتري بألف يلزم الموكل لأن الخلاف إلى خير لا يكون خلافاً معني وكذا إذا وكله بأن يشتري له جارية بألف نسبية فاشترى جارية بألف حالة يلزم الوكيل لأنه خالف قيد الموكل ولو أمره أن يشتري بألف حالة فاشترى بألف نسبية يلزم الموكل لأنه وإن خالف صورة فقد وافق معنى والمعبرة للمعنى لا للصورة ولو وكله أن يشتري ويشترط الخيار للموكل فاشترى بغير خيار يلزم الوكيل والأصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشترياً بنفسه والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على إجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء منهم لأنه يملك الشراء لنفسه فتمكن تنفيذه عليه حتى إنه لو كان صيباً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على إجازة الموكل لأنهما لا يملكان الشراء لأنفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف وكذا إذا كان الوكيل مرتداً أو كان وكيلاً بغيره فاشترى نصفه لعدم إمكان التنفيذ عليه فاحتل التوقف ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتل التوقف على الإجازة ولو وكله بشراء عبداً فاشتراه بعين من أعيان مال الموكل توقف على الإجازة لأنه لما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع العين والبيع يقف على إجازة الموكل هذا إذا كان التوكيل بالشراء مقيداً فاما إذا كان مطلقاً فإنه إرأى فيه الإطلاق ما يمكن إلا إذا قام دليل التقيده من عرف أو غيره فيتقيد به وعلى هذا إذا وكل رجلاً بشراء جارية وسمى نوعها ونحوها حتى صحت الوكالة فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء يلزم الموكل وكذا إذا اشترى جارية مقطوعة اليد من أوالرجلين أو عمية عند أبي حنيفة وعندهما يلزم الوكيل (وجه) قولهما أن الجارية تشتري للاستخدام عرفاً وعادة



وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتعبد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا لا يجوز نحر برهاعن الكفارة وان كان نص التحرير مطلقاً عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلاً فباع على هذه الجارية كما يقع على سلبية الاطراف فلا يجوز تقييد المطلق الابديل وقد وجد (وأما) في باب الكفارة فلان الامر يتعلق بتحرير رقبة والرقبة اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فاذا فات ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقضت الذات فلا يتناول مطلق اسم الرقبة فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات باعتبار الاجزاء فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى ان التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله ان يشتري له جارية بوكالة صحيحة ولم يسم غنماً فاشترى الوكيل جارية ان يشتري بمثل القيمة أو باقل من القيمة أو بزيادة يتعاقب في مثلها جاز على الموكل وان اشترى بزيادة يتعاقب الناس في مثلها يلزم الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرر عنها فلم يمنع النفاذ على الموكل لصاق الامر على الوكلاء ولا امتنع عن قبول الوكالات والناس حاجة اليها فمست الحاجة الى تحملها ولا ضرر ورفق الكثير لا مكان التحرر عنه والفاصل بين القليل والكثير ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة وما لا يدخل كونه زيادة متحققة وقد روي عن محمد ان الزيادة القليلة التي يتعاقب في مثلها في الجامع بنصف العشر فقال ان كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتعاقب في مثلها وان كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتعاقب في مثلها وقال الجصاص ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها لان ذلك يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غنماً فيه ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غنماً فيه وقد نص ابن جني القليل بالدينيم وفي الحيوان بالدينيم وفي العقار بالدينيم وازده والله تعالى أعلم الوكيل بشراء عبده بعينه اذا اشترى نصفه فالشراء موقوف ان اشترى ببقية قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لانه امثل أمر الوكيل وعند زفر يلزم الوكيل ولو خاصم الموكل الوكيل الى القاضي قبل ان يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل اجماعاً لانه خالف وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشخيصه عيب كالعبدة والامه والدابة والثوب وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزأ منه معلوماً أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي منه أولاً والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقاً ولو أعتقه بعد ما اشترى نصفه قبل ان يشتري الباقي قال أبو يوسف ان أعتقه الموكل جاز وان أعتقه الوكيل لم يجوز وقال محمد على القلب من ذلك (وجه) قول محمد ان الوكيل قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشترياً للموكل فكيف يتقدمه اعتاقه وهو في الظاهر مشتري لنفسه فينفذ اعتاقه ولا يابى يوسف ان اعتاق الموكل صادف عند أموقف فانه على اجازته فكان الاعتاق اجازة منه كما اذا صرح بالاجازة واعتاق الوكيل لم يصادف عند أموقف فاعلى اجازته لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتمل التوقف على اجازته فبطل وان كان وكله بشيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشخيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل ولا يقف لزمه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كرخنة بمائة درهم فاشترى نصف الكرخنتين وكذا لو وكله بشراء عشرين بالف درهم فاشترى أحدهما بخمسة لزم الموكل اجماعاً وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحداً منها والله أعلم الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم اذا اشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يلزمه العشرون بدرهم ولو اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحساناً (وجه) قول أبي يوسف ان هذا خلاف صورة لا معنى لانه خلاف الى خير وذلك لا يمنع النفاذ على الموكل كما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم انه يلزم الموكل كذا هذا (وجه) قوله ان الوكيل يتصرف بحكم الأمر فلا يتعدى تصرفه موضع الأمر وقد أمره بشراء عشرة أرطال فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لان الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة

لدخولها

لدخولها بين الزين ولو وكله بشراء عبدة فاشترى بها عشرين كل واحد منهما يساوي مائة روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يلزم الموكل واحد منهما وقال أبو حنيفة اذا وكل رجلاً بشراء عشرين باعياً فاشترى واحد منهما بمائة درهم لا يلزم الموكل الا أن يشتري الثاني بمائة الف وقال أبو يوسف ومحمد اذا كانت الزيادة مما يتعاقب الناس في مثلها يلزمه وهذا لا يتحقق خلافاً والله عز وجل أعلم الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك ان يشتريه لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لان شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بحضور من الموكل كما لا يملك الموكل عزلهم الا بحضور منه على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الوكيل بشراء شيء بغير عينه اذا اشترى يكون مشترياً لنفسه الا أن ينويه للموكل وجملة الكلام فيه انه اذا قال اشترىته لنفسى وصدقه الموكل فالشترى له واذا قال الموكل اشترىته لى وصدقه الوكيل فالمشتري للموكل لان الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما يملك للموكل فاحتمل شراؤه لنفسه واحتمل شراؤه للموكل فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما ولو اختلفا فقال الوكيل اشترىته لنفسى وقال الموكل بل اشترىته لى فيحكم فيه التمن فان أدى الوكيل التمن من دراهم نفسه فالمشتري له وان أداها من دراهم موكله فالمشتري لموكله لان الظاهر تقد التمن من مال من يشتري له فكان الظاهر شاهد التمن فكان صادقا في حكمه (وأما) اذا لم تحضر النية وقت الشراء واشتاق عليه بحكم فيه التمن أيضاً عند أبي يوسف وعند محمد يكون الشراء للوكيل (وجه) قول محمد ان الاصل ان يكون الانسان متصرفاً لنفسه لا لغيره فكان الظاهر شاهد الوكيل فكان المشتري له (وجه) قول أبي يوسف ان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وذلك في تحكيم التمن على ما مر والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه لان الحقوق في باب الشراء ترجع الى الوكيل فيؤدي الى الاحالة وهو ان يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً مطالباً ومطالباً ولانه منهم في الشراء من نفسه ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرنا وكذا لو اشترى من ولده الصغير لان ذلك شراء من نفسه وكذلك لو اشترى من عبده الذي لا دين عليه أو مكاتبه وكذا الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من أبيه وجده وولده وولد ولده و زوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وعند محمد ما يجوز اذا اشترى بمثل القيمة أو باقل أو بزيادة يتعاقب في مثلها وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذي لا دين عليه ومكاتبه وقد مرّت المسئلة بحججها من قبل ولو كانت الوكالة عامة بان قال له اعمل ما شئت أو قال له بيع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز لان المانع من الجواز التهمة وقد زالت بالامر والاجازة ولودفع اليه دراهم موكله أن يشتري له بها طعاماً فهو على الخطئة والدقيق لا على القاكهة والحم والخبز لان الطعام في الحقيقة وان كان اسماً لا يطعم لكنه ينصرف الى الخطئة والدقيق بقرينة الشراء في العرف ولهذا سمي السوق الذي تباع فيه الخطئة والدقيق سوق الطعام دون غيره الا اذا كان المدفوع اليه قليلاً كالدرهم ونحوه أو كان هناك وليمة فينصرف الى الخبز وقيل بحكم التمن ان كان قليلاً ينصرف الى الخبز وان كان كثيراً ينصرف اليهما ولو قال اشترى بدرهم لحم ينصرف الى اللحم الذي يباع في السوق ويشترى الناس منه في الغلب من لحم الضأن والمعز والبقرة والابل ان جرت العادة بشراؤه ولا ينصرف الى المشوى والمطبوخ الا اذا كان مسافراً أو نزل خاناً ودفع الى انسان درهماً ليشتري به لحماً ولا الى لحم الطير والوحش والسمك ولا الى شاة حية ولا الى مذبوحة غير مسلوخة لا نعدام جريان العادة باشتراؤه وان اشترى مسلوخاً جاز على الموكل لان المسلوخ يباع في الاسواق في العادة ولا الى البطن والكرش والكبد والرأس والكراع لانها ليست بلحم ولا يشتري مقصوداً أيضاً بل تبعاً للحم فلا ينصرف مطلق التوكيل اليه بخلاف ما اذا حلف لا يأكل لحماً فكل هذه الاشياء انه يحث لان مبنى الايمان على العرف ذكرنا وتسمية معنى الوكالة على العرف عادة وفعلاً ألا ترى ان حكم الحنث يلزم بكل القيد ولو اشترى الوكيل القديد لا يلزم الموكل لانعدام العادة ببيع القديد في الاسواق في الغالب ولا الى شحم البطن والالية لانهم ليسوا بلحم ولو وكله بشراء الية لا يملك ان يشتري لحماً لانها مختلطان اسماً ومقصوداً ولو وكله ان يشتري سمكاً بدرهم فهو



فهو على الطري الكبار دون المالح والصغار لان العادة شراء الطري الكبار منه دون المالح ودون الصغار ولو وكله  
 بشراء الرأس فهو على التي دون المطبوخ والمشوى وهو على رأس الغنم دون البقر والابل الا في موضع جرت العادة  
 بذلك والمذكور من الخلاف في الجامع الصغير يرجع الى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس المصفور  
 والسمك والجراد لا نعدم العادة ولو وكله بشراء دهن فله أن يشتري أي دهن شاء وكذا اذا وكله بشراء فاكهة له أن  
 يشتري أي فاكهة تباع في السوق عادة ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج وان كانت البين المتقدمة عليه  
 تقع على بيض الطيور وكلها لما ذكرنا ولو وكله أن يشتري لبنا فهو على ما يباع في عادة البلد في السوق من الغنم والبقر والابل  
 وكذا اذا وكله بشراء السمك فان استوفى بهما جميعا بخلاف ما اذا حلف لا بدق لبنا ان ذلك يقع على لبن الغنم  
 والبقر والابل لما ذكرنا من العرف والله تعالى أعلم الوكيل بشراء الكباش لا يملك شراء النعجة حتى لو اشترى لا يلزم  
 الموكل لان الكباش اسم للذكر والنعجة اسم للأنثى وكذا البقرة في رواية الجامع قال الله تعالى ان الله  
 فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والأنثى وكذا البقرة في رواية الجامع قال الله تعالى ان الله  
 يأمركم أن تذبحوا بقرة قيل انها كانت ذكرا وقال سبحانه وتعالى لا ذلول تثير الارض واثارة الارض عمل الثيران  
 وذكر القدوري رحمه الله انها تقع على الأنثى والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا والدجاج يقع على الذكر والأنثى  
 والدجاجة على الأنثى والبعير على الذكر والناقة على الأنثى والبغى ضرب خاص من الابل والنجسية ضرب معروف  
 بسرعة السير وهي كالحمار في عرف بلادنا ولا يقع اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب  
 الزكاة لبعده عن أوهامهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء اذا أمر غيره فاشترى ان فعله محضرة الاول أو باجازه  
 أو باجازه الموكل جاز على الموكل والا فلا اذا كانت الوكالة عامة على ما مر والله عز وجل أعلم

**فصل في الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلاهما أم لا** الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون  
 صاحبه ولو فعل لم يجز حتى يجز صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه إلى الرأي والموكل انما رضى برأيهما لا برأي  
 أحدهما واجتماعهما على ذلك ممكن فلم يمتثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى  
 أو لم يكن وسواء كان الوكيل الآخر غائبا أو حاضرا لما ذكرنا في البيع الا ان في الشراء اذا اشترى أحدهما بدون  
 صاحبه ينفذ على المشتري ولا يقف على الاجازة وفي البيع يقف على الاجازة وقد مر الفرق وكذلك  
 الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعق على مال والخلع والكتابة وكل عقدي به بدل هو مال لان كل ذلك  
 مما يحتاج الى الرأي ولم يرض برأي أحدهما بانقراده وكذا ما خرج مخرج التملك بان قال لرجلين جعلت أمر امرأتى  
 بيدكما أو قال لهما طلقا امرأتى ان شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطبيق لانه جعل أمر اليد تملكها لا ترى انه يقف على  
 المجلس والتعليكات هي التي تختص بالمجلس والتملك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كأنه قال طلقا امرأتى ان شئتما  
 وهناك لا يملك أحدهما التطبيق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا ينزل الا عند وجودهما فكذا هذا وكذا  
 الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما ان قبض دون صاحبه لان قبض الدين مما يحتاج الى الرأي والامانة وقد  
 فوض الرأي اليهما جميعا لا الى أحدهما ورضي بأماتهما جميعا لا بأمانة أحدهما فان قبض أحدهما لم يبرئه غيره حتى  
 يصل ما قبضه الى صاحبه فيقع في أيديهما جميعا أو يصل الى الموكل لانه لما وصل المقبوض الى صاحبه أو الى الموكل  
 فقد حصل المقصود بالقبض فصار كأنهما قبضا جميعا ابتداء (وأما) الوكيلان بالطلاق على غير مال والعق على غير  
 مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلاهما لان هذه التصرفات مما  
 لا يحتاج الى الرأي فكان إضافة التوكيل اليهما تفويضا للتصرف الى كل واحد منهما بانقراده (وأما) الوكيلان  
 بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف بانقراده عند استحباب الثلاثة وعند زفر لا ينفرد (وجه) قوله ان الخصومة مما  
 يحتاج الى الرأي ولم يرض برأي أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول استحباب الثلاثة ان الغرض من

الخصومة اعلام القاضي بما يملكه الخصم واستناعه واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستناع لان ازحام  
 الكلام يخل بالنهم فكان إضافة التوكيل اليهما تفويضا للخصومة الى كل واحد منهما فأيها خصم كان مثيلا الا انه  
 لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وان كان الوكيل بالخصومة لك القبض عندئذ لان اجتماعهما على القبض ممكن  
 فلا يكون راضيا بقبض أحدهما بانقراده (وأما) المضار بان فلا يملك أحدهما التصرف بدون إذن صاحبه اجتماعا وفي  
 الوصيين خلاف بين أصحابنا ذكره في كتاب الوصية والله تعالى أعلم الوكيل هل يملك الحقوق جملة الكلام فيه ان  
 الموكل به نوعان نوع لا حقوق له الا ما أمر به الموكل كالوكيل بتقاضي الدين والتوكيل باللامزمة ونحوه ونوع له حقوق  
 كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه (أما) التوكيل بالبيع والشراء فحقها ترجع الى الوكيل فيسلم المبيع وقبضه  
 وقبض الثمن ويطالب به ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق والا صل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى إضافة الى  
 الموكل ويكتفى فيه بال إضافة الى نفسه فحقه راجعة الى العاقد كالياتع والاشربة والاجارات والصلح الذي هو  
 في معنى البيع فحقه هذه العتود ترجع للوكيل وعليه ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كالأجنبي  
 حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن ولو طالبه فأي لا يجبر على تسليم الثمن اليه ولو أمره الوكيل بقبض  
 الثمن ملك المطالبة وأما مطالبة المشتري بالثمن فيجبر على التسليم اليه ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيها ولو نهى  
 الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيها غير ان المشتري اذا اتى الثمن الى الموكل يبرأ عن الثمن استحسانا وكذا  
 الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع اذا اتى المشتري الثمن ولا يطالب به الموكل واذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع  
 بالثمن على الوكيل ان كان قد اتى الثمن اليه وان كان قد اتى الموكل بقبض الثمن عليه وكذا اذا وجد المشتري بالمبيع عيبا له  
 أن يخاصم الوكيل واذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضي أخذ الثمن من الوكيل ان كان قد اتى الثمن وان كان  
 قد اتى الموكل أخذه منه وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذي قبض المبيع دون الموكل  
 واذا استحق المبيع في يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بئنه دون الموكل ولو وجد بالمبيع عيبا ان كان المبيع في  
 يده ولم يسلمه الى الموكل بعد فله أن يردده على بئنه بالعيب وان كان قد سلمه الى موكله ليس له أن يردده عليه الا برضا موكله  
 وكذلك هذا في الاجارة والاستئجار وأخواتهما وكل عقد يحتاج فيه الى إضافة الى الموكل فحقه ترجع الى الموكل  
 كالنكاح والطلاق على مال والعق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والصلح عن انكار المدعى عليه  
 ونحوه فحقه هذه العتود تكون للموكل وعليه والوكيل فيها يكون سفيرا ومعبرا محضاً حتى ان وكيل الزوج في النكاح  
 لا يطالب بالمهر وانما يطالب به الزوج الا اذا ضمن المهر فحينئذ يطالب به لكن بحكم الضمان ووكيل المرأة في النكاح  
 لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان  
 وكيل المرأة لا يطالب ببدل الخلع الا بالضمان وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد وهذا الذي ذكرنا ان حقوق العتدي  
 البيع والشراء وأخواتهما ترجع الى الوكيل مذهب علمائنا وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع شيء من الحقوق الى  
 الوكيل وانما يرجع الى الموكل (وجه) قوله ان الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب تصرف  
 المنوب عنه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع للموكل فكذا حقوقه لان الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع فاذا كان  
 الاصل له فكذا التابع (ولنا) ان الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العتد راجعة اليه كما اذا تولى الموكل بنفسه  
 ولا شك ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عتده كلامه القام بذاته حقيقة ويستحيل أن يكون الانسان فاعلا بفعل الغير  
 حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشريعة قال الله عز وجل وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال الله عز شأنه لما كسبت  
 وعليها ما اكتسبت وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضا لان السبب وجد منه حقيقة وشرعا الا ان الشرع أثبت  
 أصل الحكم للموكل لان الوكيل انما فعله له بأمره وانابته وفعل المأمور مضاف الى الأمر فتعارض الشبهان فوجب  
 اعتبارهما بقدر المكان فعملنا بشبه الأمر والابانة بإيجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة



بأنبات توابع الحكم للوكيل توفيراً على الشبهين حفظاً مامن الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو أن أصل الحكم للوكيل وأنبات التوابع للموكل لأن الأصل في نقاذ تصرف الوكيل هو الولاية لا ناهية عنه فلا بد أن ملك له والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له لا ينفصل بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفاد من قبل الموكل فكان أنبات أصل الحكم للموكل وأنبات التوابع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو وحد الحكمة وعكسه وضع الشيء في غير موضعه وهو وحد السفه بخلاف النكاح وأخواته لأن الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل بل هو سفير وممر بمنزلة الرسول ألا ترى أنه لا يضيف العقد إلى نفسه بل إلى موكله فأنعمت النيابة بقي سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق إليه ثم تقول إنما نازمه العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة (فما) إذا لم يكن بان كان صبياً محجوراً رابته بدينه وشرأه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لأن ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة فيقع تحضاً لحصول التجرة وبالممارسة له في التصرفات ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور رسوا علم أنه محجور وأول ما يعلم في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له فاما إذا كان جاهلاً فله اختيار أن شاء فسخ العقد وأن شاء أمضاه (وجه) قوله إن الرضا شرط جواز التجارة وقد اختل الرضا لأنه لم أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فإذا تبين أنها ليست عليه اختل رضاه فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية أن الجهل بالخبر ليس بمعذر لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصاً في حق الصبي لأن الأصل فيه هو الخبر والأذن بعرض الرشد فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالماً ولو علم بالخبر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والإداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ولا أن يقبض الوديعة والعار به والرهن ولا القرض ممن عليه لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا يصنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك للموكل فكانت حقوق العقدة راجعة إليه وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشرعاً على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة إليه وكذا في التوكيل بالاستعارة والإرتهان والاستمهاج الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل وكذا في التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق لأنه أصل في الحقوق والمالك أجني عنها فملك توكيل غيره فيها (ومنها) أن المقبوض في يد الوكيل بحجة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لأن يده بدنيته عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن في الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه ولو دفع إليه مالا وقال أقضه فلا ناعن ديني فقال الوكيل قد قضيت صاحب الدين فادفعه إلى وكذبه صاحب الدين فالتقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان والتقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يستقط دينه عن الموكل لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغريم في إبطال حقه وتجب العين على أحدهما لا عليها لأنه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهم مادون المصدق فإن صدق الوكيل في الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ما قبضه فإن حلف لم يظهر قبضه ولم يستقط دينه وإن نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل وإن صدق الطالب أنه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه إليه فإن حلف برى وإن نكل لزمه ما دفع إليه وكذلك لو أودع ماله رجلاً وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان فقال المودع دفعت وكذبه فلان فهو على التفصيل الذي ذكرنا ولو دفع المودع الوديعة إلى رجل وأمره أن يدفعها إليه بامر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الأمر فالتقول قوله مع يمينه أنه لم يأمر بذلك لأن المودع يدعي عليه الأمر وهو ينكر والتقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المال مضموناً على رجل كلفصوب في يد الغاصب أو الدين على الغريم فأمر الطالب أو الغاصب منه أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعت إليه وقال فلان ما قبضت فالتقول قول

فلان أنه لم يقبض ولا يصدق أو وكيل على الدفع الالبينة أو بتصدق الموكل لأن الضمان قد وجب عليه وهو يدعي الدفع إلى فلان رداً براء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الالبينة أو بتصدق الموكل فإن صدقه الموكل برى أيضاً لأنه إذا صدقه فقد أمره عن الضمان ولكم ما لا يصدق أن على القابض ويكون القول قوله أنه لم يقبضه مع يمينه لأن قولهما محجة في حق أنفسهما لا في إبطال حق الغير مع يمين الطالب لأنه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه ولو كذبه الموكل في الدفع وطلب الوكيل يمينه فله يحلف على العزم بالله تعالى ما يعلم أنه دفعه فإن حلف أخذ منه الضمان وإن نكل سقط الضمان عنه ولو أن الوكيل المدفوع إليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع إليه الموكل جاز لأنه لو لم يدفع إليه الدراهم أصلاً وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لأن الوكيل يقضاه الدين في الحقيقة وكيل شراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء إذا قصد أن يضمن من مال نفسه جاز فهذا أولى ولو لم يدفع إليه شيئاً ولكنه أمره بقضاء دينه فقال الوكيل قضيت وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل البينة أنه قد قضى صاحب الدين قبلت بيمينه وبرى الموكل من الدين ويرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه لأن الثابت بالبينة كالتأبث حسام ومشاهدة وقد ثبت قضاء الدين بالبينة فله أن يرجع ولو لم يكن له يمين وكذبه الطالب والموكل فالتقول قولهما مع يمين لأن الوكيل يدعي القبض يريد إيجاب الضمان على الطالب لأنه يرد استقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق القاصرة وهو أن أن يصير المقبوض مضموناً على القابض الطالب ديناً عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصاً والطالب منكر وكذا الموكل منكر لو جوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع يمين أو يقال إن الوكيل بقوله قضيت يدعي على الطالب بيع دينه من الغريم وعلى المشتري الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع يمين ويحلف الموكل على العلم لأنه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وإن صدقه الموكل في القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى ويغرم القابض أخرى للطالب لأن الموكل صدقه في دعوى القضاء عنه أمره وهو مصدق على نفسه في تصديقه فثبت القضاء في حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر القدروري رحمه الله وذكر في الجامع أن الوكيل لا يرجع على الموكل وإن صدقه الموكل لأن حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد لأن الطالب منكر إلا أنا نقول إنكار الطالب يمنع وجود القضاء في حقه لأنه منكر ما لا يمنع وجوده في حق الموكل لأنه مقرر وإقرار كل مقرر محجة في حقه فكان الأول أشبه ولو دفع إلى إنسان مالا ليتقضى دينه فتقضاء الموكل بنفسه ثم قضاء الوكيل فإن كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل ويرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل وإن علم بأن الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن لأن الموكل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل إلا أن عزل الوكيل لا يصح إلا بعد علمه به فإذا علم فعل الموكل فقد علم بالعزل فصارت متعدية في الدفع فيلزمه الضمان وإذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدى فلا ضمان عليه وليس هذا كالموكل يدفع الزكاة إذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل أنه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الوكيل بأداء الزكاة مأمور بأداء الزكاة وأداء الزكاة هو إسقاط القرض بتلك المال من الفقير ولم يوجد ذلك من الوكيل خصوصاً من الموكل في دفع من الوكيل تعدياً محضاً فكان مضموناً عليه فاما قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع إلى الطالب مقبوض عنه والمقبوض بحجة الضمان مضمون كالمقبوض على سؤم الشراء لكونه مقبوضاً بحجة القضاء والمقبوض بحجة القضاء مضمون على القابض ويقال إن قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض بحجة الشراء والمقبوض بحجة الشراء مضمون على المشتري بخلاف ما إذا دفعه على علمه بدفع الموكل لأن هناك لم يوجد القبض بحجة الضمان لأن عدم القبض بحجة القضاء فبق تعدياً فيجب عليه ضمان التعدى والقول قول الوكيل في أنه لم يعلم بدفع الموكل لأن القول قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع يمين وعلى هذا إذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه وإذا كان عالماً بموته ضمن لما قلنا والله عز وجل أعلم الوكيل بدفع العبد إذا قال بعت



وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين (أما) أن كان الموكل سلم العبد إلى الوكيل أو كان لم يسلم إليه فإن لم يكن سلم العبد إليه فقال الوكيل بعتته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن وهلك الثمن في يدي أو قال دفعته إلى الموكل فهذا لا يخلو أما أن صدقه في ذلك أو كذبه فإن كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن أو صدقه فيه أو كذبه في الهلاك فإن صدقه في ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولا شيء على الوكيل لأنه يهلك أمانة في يده وإن كذبه في ذلك كله بان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في قبض الثمن في حق الموكل لأن إقرار الوكيل في حق نفسه جائز عليه والمشتري بالخيار أن شاء نقض الثمن ثانياً إلى الموكل وأخذ منه المبيع وإن شاء فسخ البيع وله أن يرجع في الحالين جميعاً على الوكيل بما نقضه كذا ولو أقر الوكيل بالبيع وزعم أن الموكل قبض من المشتري الثمن وأنكر الموكل ذلك فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في إقراره على الموكل بالتبض لما ذكرنا ويحجر المشتري على ما ذكرنا إلا أن هناك لا يرجع على الوكيل شيء لأنه لم يوجد منه الإقرار بقبض الثمن وإن صدقه الموكل في البيع وقبض الثمن وكذبه في الهلاك أو الدفع إليه فاقول قول الوكيل في دعوى الهلاك أو الدفع إليه مع يمينه لأنه أمين ويحجر الموكل على تسليم العبد إلى المشتري لأنه ثبت البيع وقبض الثمن بتصدقه إياه ولا يؤمر المشتري بتفقد الثمن ثانياً إلى الموكل لأنه ثبت وصول الثمن إلى يد وكيله بتصدقه ووصول الثمن إلى يد وكيله كوصوله إلى يده هذا إذا لم يكن العبد مسلماً إلى الوكيل فأمّا إذا كان مسلماً إليه فقال الوكيل بعتته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندي أو قال دفعته إلى الموكل أو قال قبض الموكل الثمن من المشتري فإن الوكيل يصدق في ذلك كله ويسلم العبد إلى المشتري ويرى المشتري من الثمن ولا يمين عليه (أما) إذا صدقه الموكل في ذلك كله فلا يشك في ذلك كذبه في البيع أو صدقه فيه وكذبه في قبض الثمن لأن الوكيل أقر براءة المشتري عن الثمن فلا يحلف ويحلف الوكيل فإن حلف على ما يدعيه يرى من الثمن وإن نكل عن التمين لزمه ضمان الثمن للموكل فإن استحق العبد بعد ذلك من يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل إذا أقر قبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشتري لأن الموكل لم يصدق في قبض الثمن فإقرار الوكيل في قبض الثمن لا يوجب حق الرجوع على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فإن نكل رجع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل قبض الوكيل الثمن لكان كذبه في الهلاك أو الدفع إليه فإن الوكيل يرجع بما ضمن عليه لأن يد وكيله كيدته ولو كان الوكيل لم يقر قبض الثمن بنفسه ولكنه أقر أن الموكل قبضه من المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل لأنه لم يقبض منه الثمن ولا يرجع على الموكل أيضاً لأن إقراره على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجد به عيباً كان له أن يخاصم الوكيل فإذا رد عليه بقضاء القاضي رجع عليه بالثمن إن أقر قبض الثمن منه ولو لم يقر قبض الوكيل على الموكل بما ضمن من الثمن للموكل قبض الوكيل الثمن ويكون المبيع للموكل وإن لم يقر الموكل قبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه فإن نكل رجع عليه وإن حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفي ما ضمن من ثمن العبد فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد ولو كان الوكيل لم يقر قبض الثمن بنفسه ولكنه أقر قبض الموكل لا يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لأنه لم يدفعه إليه ولا يرجع على الموكل أيضاً لأنه لا يصدق أن عليه بالتبض وعلى الموكل التمين على البتات فإن نكل رجع عليه والمبيع له وإن حلف لا يرجع عليه بشيء ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوي في الفصل الأول أن الوكيل يبيع في قولهما وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يبيع وجعل هذا كبيع مال المديون المفلس ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لأنه ما رد عليه فسخاً عادت الوكالة فإذا بيع العبد يستوفي المشتري الثمن منه إن أقر الوكيل قبض الموكل ولم يقر قبض نفسه وإن أقر قبض الثمن وضمن المشتري يأخذ من الثمن مقدار ما غرم فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان فيه نقصان لا يرجع على أحد (ومنها) أن الوكيل بقضاء الدين إذا دفع الموكل إليه مالا ليقتضى دينه منه فقضاء من

مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل لأن الأمر بقضاء الدين من مال غيره استقرض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه وكذلك الوكيل بالشراء من غيره دفع الثمن إلى الوكيل أو كبل بقضاء الدين وهو الثمن والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذلك الوكيل بالشراء وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أخبات الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه (وجه) قوله إن المبيع أمانة في يد الوكيل ألا ترى أنه لو هلك في يده فاهلك على الموكل حتى لا يستط الثمن عنه وليس للأمين حبس الأمانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) أنه نافذ وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضماناً للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشتري وإذا طاب منه الموكل فحسبه حتى هلك كان مضموناً عليه إلا خلاف بين أصحابنا لكثرت اختلافوا في كيفية الضمان قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضموناً ضمان البيع وقال أبو يوسف يكون مضموناً ضمان الرهن وقال زفر يكون مضموناً ضمان القصب (وجه) قول زفر ما ذكرنا أن المبيع أمانة في يده والأمين لا يملك حبس الأمانة عن صاحبها فإذا حبسها فقد صار غاصباً والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغاً ما بلغ (وجه) قول أبي يوسف أن هذه عين محبوسة بدين يستط بها كما كانت مضمونة بالأقل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجه) قولهما أن هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع في يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن كان هالكا والله عز وجل أعلم

**فصل** وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فتقول وبالله التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة بأشياء (منها) عزل الموكل إياه ونهيها لأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتتملاً للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل به لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ فإذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائباً فككتب إليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انعزل لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وكذلك لو أرسل إليه رسولا فبلغ الرسالة وقال إن فلاناً أرسلني إليك ويقول إنني عزلتك عن الوكالة فإنه ينعزل كأنما كان الرسول عدلاً كان أو غير عدل حراً كان أو عبداً صغيراً كان أو كبيراً بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لأن الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن تحت عبارة على أي صفة كان وإن لم يكتب كتاباً ولا أرسل رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلاً عدلاً كان أو غير عدل أو رجلاً واحداً عدلاً بنعزل في قولهم جميعاً سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر لأن خبر الواحد مقبول في المعاملات فإن لم يكن عدلاً فغير العدلين أو العدل أولى وإن أخبره واحد غير عدل فإن صدقه ينعزل بالاجماع وإن كذبه لا ينعزل وإن ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة وعندهما ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه (وجه) قولهما أن الأخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كافي الأخبار في سائر المعاملات (وجه) قول أبي حنيفة أن الأخبار عن العزل له شبهة الشهادة لأن فيه التزاماً بحكم الخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فاشبه الشهادة فيجب اعتبار أحدهما وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشفيع إذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفاعته عند أبي حنيفة وعندهما بطلت شفاعته وعلى هذا الاختلاف إذا جنى العبد جناية في بني آدم ثم أخبر واحد غير عدل موله أن عبده قد جنى فلم يصدقه حتى اعتدله لا يصير المولى مختاراً للعداء عند أبي حنيفة وعندهما يصير مختاراً للعداء وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون إذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقه لا يصير محجوراً عنه وعندهما يصير محجوراً وأوان عزله الموكل وأشهد على عزله وهو غائب ولم يخبره بالعزل أحد لا ينعزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الأحكام التي بينها وعن أبي يوسف في الموكل إذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل ومات



المبدقيل التسليم الى المشتري كان للمشتري ان يرجع بالنم على الوكيل ويرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء  
لان العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم والثاني ان لا يتعلق بالوكالة حق الفسخ فانه اذا تعلق بها حق الفسخ فلا  
يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لان في العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل اليه وهو كمن رهن ماله عند رجل  
يدين له عليه أو وضعه على يدي عدل وجعل المهرن أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض منه عند حل الاجل فعزل  
الزاهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا وكذلك اذا وكل المدعي عليه وكيل بالخصومة مع المدعي بالتماس  
المدعي فعزل المدعي عليه بغير حضرة المدعي لا ينزل لما ذكرنا واختلف المشايخ فيمن وكل رجلاً بطلاق امرأته ان  
غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لانه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة فاشبه  
الوكيل بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لانه غير محبوس على الطلاق ولا على التوكيل به وان فعله باختياره فيه ملك  
عزله كما في سائر الوكالات ولو وكل وكالة غير جزر الرجوع يعني بالقرارية وكلي دمار كست هل يملك عزله اختلاف  
المشايخ قال بعضهم ان كان ذلك في الطلاق والعناق لا يملك لانه لما وكله وكالة ثابتة غير جزر الرجوع عنها فقد ألحق  
حكم هذا التوكيل بالامر ثم لو جعل امرأته الى رجل بطلاقها متى شاء أو امر عبده الى رجل بعته متى شاء لا يملك  
الرجوع عنه وكذا اذا قال رجل طلق امرأتي ان شئت أو اعتق عبدي ان شئت لا يملك عزله كذا هذا وان كان في  
البيع والشراء والجاراة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم انه يملك العزل في الكل لان الوكالة ليست بلازمة  
بل هي باحثة وللمبيع حق المنع عن المباح ولو قال وقت التوكيل كلما عزلتك فانت وكلي وكالة مستقبلية فعزله ينزل  
ولكنه يصير وكيلًا نائياً وكالة مستقبلية كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو قال الموكل للوكيل كنت وكنتك  
وقلت لك كلما عزلتك فانت وكلي فيه وقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلًا بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق  
التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينزل الوكيل ولا يصير وكيلًا بعد ذلك بوجود الشرط وقال  
بعضهم في التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط ويكون الوكيل على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلية والا  
أصح لانه لما ملك العزل في المرسل في المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بامر الموكل وقد بطلت أهلية  
الامر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لان الجنون المطبق يبطل لأهلية  
الامر واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق فذهب أبو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب  
الحول (وجه) قول محمد ان المستوعب للحول هو المستقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى (وجه) قول أبي يوسف  
ان هذا التقدير أدنى ما يستقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى (ومنها) خاؤه بدار الحرب مرتداً عند أبي حنيفة  
وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً فان  
أسلم الموكل نفذت وان قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذلك الوكالة وان كان  
الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاتها نافذة فكذلك الوكالة وان كان  
لا تؤثر فيا رتب عليه النفاذ وهو الملك (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلاً فعجز الموكل وكذا  
اذا وكل المأذون انساناً فحجر عليه لانه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية أمره بالتصرف في المال فيبطل الامر فتبطل  
الوكالة (ومنها) موت الوكيل لان الموت يبطل لأهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان لحق بدار  
الحرب مرتداً لم يحز له التصرف الا ان يعود مسلماً لان أمره قبل الحكم بلحاقه بدار الحرب كان موقوفاً فان عاد مسلماً  
زال التوقف وصار كأنه لم يرتد أصلاً وان حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد مسلماً هل تعود الوكالة قال أبو يوسف لا تعود  
وقال محمد تعود (وجه) قوله ان نفس الردة لا تنافي الوكالة ألا ترى انه لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب الا انه لم يحز  
تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لا اختلاف الدارين فاذا عاد زال المانع فيجوز ونظيره من وكل رجلاً ببيع عبد  
بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج الى البصرة لا يملك بيعه بالبصرة ثم اذا عاد الى الكوفة ملك بيعه فيها كذا هذا (وجه)

قول

قول أبي يوسف ان الوكالة عقد حكم بطلانه بلحاقه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح (وأما) الموكل اذا ارتد  
ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود ووجهه ان بطلان الوكالة  
لبطلان ملك الموكل فاذا عاد مسلماً عاد ملكه الاول فيعود بحقوقه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة  
الموت ولومات لا يحتمل العود فكذلك اذا لحق بدار الحرب (ومنها) أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف  
الوكيل نحو ما اذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو كتبه أو وهبه وكذا اذا استحق أو كان حراً الاصل  
لان الوكيل عجز عن التصرف لزال ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة كما اذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رده عليه  
بميب قضاء هل تعود الوكالة كما اذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود لان العائد بالفسخ عين الملك  
الاول فيعود بحقوقه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لانه أعجزه عن التصرف  
فيا وكله به والوكيل بعد ما انزل لا يعود وكيلًا الا بتجديد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع  
في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع وبين الهبة (ووجه) الفرق له  
لم يتضح وكذلك لو وكله بشراء شيء ثم اشتراه بنفسه وكذا اذا وكله بزواج امرأة فزوجهها لانه أعجزه عن تزويجها  
منه فبطلت الوكالة وكذا اذا وكله بعق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه ما قلنا وكذا اذا وكله بخلع  
امرأته ثم خلعها لان المختلعة لا تحتمل الخلع وكذا اذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة واقضت  
عدها لانها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث واقضاء العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لانها  
تحتل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكتابه ثم عجز لم يكن له أن يكتبه مرة ثانية وكذا لو وكله أن يزوجه  
امرأة فزوجه وابانها لم يكن الوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالعمل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل  
الامتنان فانتهي حكم الامر كما في الامر الشرعي بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الموكل ثم رده عليه بقضاء قاض  
ان له ان يبيعه ثانياً لان الرد بقضاء القاضي بوجوب ارتفاع العقد من الاصل ويجعله كأن لم يكن فلم يكن هذا تكرر حتى لو  
رده عليه بغير قضاء قاض لم يحز له أن يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالاول فلا يملك الثاني الا بتجديد  
التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو باعتاقه أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابه أو نحوه ذلك لان التصرف في  
الحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيها لا يحتمل التصرف محال فبطلت ثم هذه الاشياء التي ذكرنا ان  
يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي لا يفتقر الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن  
الوكالة لكن تقع المفارقة فيها بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه نفسه ولم يعلم  
به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري ورجع المشتري على الوكيل  
بأن يرجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حراً الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك  
العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هنالك وان صار معزولاً لا يتصرف الموكل ولكنه صار  
مغرواً من جهة بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور في  
الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون واخوانها فهو الفرق ولو وكله قبض  
دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان  
لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب  
كتبض المتوب عنه فكانه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذلك اهداؤه والله عز وجل أعلم

— — — — —

كتاب الصلح

الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع في بيان أنواع الصلح وفي بيان شرعية كل نوع وفي بيان ركن الصلح وفي



بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الصلح وفي بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده وفي بيان حكمه اذا بطل أو ما يصح من الاصل (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الصلح في الاصل أنواع ثلاثة صلح عن اقرار المدعى عليه و صلح عن انكاره و صلح عن سكوتهم عن غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا يخلو إما أن يكون بين المدعى والمدعى عليه وإما أن يكون بين المدعى والاجنبي المتوسط فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الأنواع الثلاثة مشرووع عند أصحابنا وقال ابن أبي ليلى المشرووع هو الصلح عن اقرار وسكوت لا غيرهما وقال الشافعي رحمه الله المشرووع هو الصلح عن اقرار لا غير (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان جواز الصلح يستدعي حقاً ثابتاً ولم يوجد في موضع الانكار والسكوت اما في الانكار فلا ان الحق لو ثبت فانما يثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا يثبت الحق عند التعارض فاما في السكوت فلا ان الساكت يزل منكر أحكام حتى تستمع عليه البيعة فكان انكاره معارضاً للدعوى المدعى فلم يثبت الحق ولو بذل المال لبذله لدفع خصومة باطلة فكان في معنى الرشوة (ولنا) ظاهر قوله تعالى والصلح خير وصف الله تعالى عز شأنه جنس الصلح بالخيرية ومعلوم ان الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشرووعاً بظاهر هذا النص الا ما خص بدليل وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم - الم الضمان أمر رضي الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقاً وكان ذلك بحضور من الحصاة الكرام رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعاً من الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان الصلح شرع للحاجة الى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة الى قطعها في التحقيق عند الانكار اذا اقرار مسالمة ومساعدة فكان أولى بالجواز ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار وقال الشيخ أبو منصور الماتريدي السمرقندي رحمه الله ما صنع الشيطان من ايقاع العداوة والبغضاء في بني آدم ما صنع الشافعي رحمه الله في انكاره الصلح على الانكار وقوله ان الحق ليس بثابت قلنا هذا على الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت في زعم المدعى وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعاً فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشرووعاً

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الصلح فلا يجاب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحك من كذا على كذا أو من دعواك كذا على كذا أو يقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فاذا وجد الايجاب والقبول فقد تم عقد الصلح

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المصالح وبعضها يرجع الى المصالح عليه وبعضها يرجع الى المصالح عنه (أما) الذي يرجع الى المصالح فانواع (منها) أن يكون عاقلاً وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل (فاما) البلوغ فليس شرطاً حتى يصح صلح الصبي في الجملة وهو الصبي المأذون اذا كان له فيه نفع أولاً يكون له فيه ضرر ظاهر بيان ذلك اذا وجب للصبي المأذون على انسان دين فصالحه على بعض حقه فان لم يكن له عليه بيعة جاز الصلح لان عند انعدام البيعة لا حق له الا الخصومة والخلف والمال أتفع له منهما وان كان له عليه بيعة لا يجوز الصلح لان الخط تبرع وهو لا يملك التبرعات ولو آخر الدين جاز سواء كانت له بيعة أولاً فارقاً بينه وبين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة والصبي المأذون في التجارات كالبالغ ألا ترى أنه يملك التأجيل في نفس العتد بان يبيع باجل فيملكه متأخراً عن العتد أيضاً بخلاف الخط لا نه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه الا أنه يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لان حط بعض الثمن للمعيب قد يكون أتفع من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صالح الصبي المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال اقالة للعتد والاقالة من باب التجارة وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على أن قبلها جاز لان الثمن أتفع من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البائع فحط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز لان الخط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح ولو ادعى انسان

عليه

عليه ديناً فقر به فصالحه على ان حط عنه البعض جاز لان اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعاً على الصبي يحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصح وكذلك حرية المصالح ليست شرطاً لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون اذا كان له فيه منفعة أو كان من التجارة الا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بيعة و يملك التأجيل كيف ما كان ويملك حط بعض الثمن لاجل العيب لما قلنا ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى على انسان ديناً وهو مأذون فآقر به ثم صالحه على أن حط بعضه جاز لان اقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الخط من المدعى تبرعاً على العبد ببعض الدين فيصح ولو سحر عليه المولى ثم ادعى انسان عليه ديناً فآقر به وهو محجور ثم صالحه عنه على مال ضمنه باقراره فان لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح لان اقرار المحجور لا ينفذ اذا لم يكن في يده مال واذا لم ينفذ الصلح فلا يطالب به للحال ولكن يطالب به بعد العتق لان اقراره من نفسه صحيح لصدره من أهله الا أنه اذا لم يظهر في حق المولى للحال لمانع وهو حق المولى فاذا عتق زال المانع فيظهر حينئذ وأما اذا كان في يده مال فيجوز اقراره عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز (وجه) قولهما ان هذا اقرار المحجور لبطلان الاذن بالحجور و اقرار المحجور غير صحيح (وجه) قول أبي حنيفة ان اقرار المحجور اذا كان في يده مال صحيح لان العبد المحجور من أهل الاقرار وانما المانع من ظهوره حق المولى فاذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهوره حق المولى لا نه يحتمل أن يكون صادقا في اقراره فيمنع ظهوره حق المولى فيه ويحتمل أن يكون كاذباً فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك بخلاف ما اذا لم يكن في يده مال لان يده المولى ثابتة حقيقة والاقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لا نه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه ديناً فاصطلحا على أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بيعة لا يجوز لانه لما عجز فقد صار محجوراً عن التصرف فلا يصح صلحه وان كانت له عليه بيعة جاز لانه وان عجز فالخصم في ديونه هو فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضراباً مضرة ظاهرة حتى ان من ادعى على صبي ديناً فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير فان كان للمدعى بيعة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتعاقب في مثلهما فالصلح جائز لان الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لا مكان الوصول الى كل الحق بالبيعة والاب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغين اليسير وان لم تكن له بيعة لا يجوز لان عند انعدام البيعة يقع الصلح تبرعاً بمال الصغير وانه ضرر محض فلا يملكه الاب ولو صالح من مال نفسه جاز لانه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى أب الصغير على انسان ديناً للصغير فصالح على أن حط بعضه واخذ الباقي فان كان له عليه بيعة لا يجوز لان الخط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك وان صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيئاً سيرا جاز لان الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الاب الخط من دين وجب للصغير والابراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) ان كان ولي ذلك العتد بنفسه (واما) ان لم يكن وليه فان لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لان الخط والابراء من باب التبرع والاب لا يملك التبرع لسكونه مضرة محضة وان كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع اذا أبر المشتري عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة ولا يجوز صلح أحد على حمل أبا كان المصالح أو غيره وان خرج حياً بعد ذلك وورث وجازت الوصاية لانه لو صح عليه لكان لا يخلو اما أن يصح على اعتبار الحال واما أن يصح على اعتبار الاقتصار لا سبيل الى الاول لان الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه مولى عليه ولا سبيل الى الثاني لان الصلح لا يحتمل الاضافة الى الوقت ويملك الاب استيفاء القصاص في النفس ومادونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس والفرق ان استيفاء القصاص تصرف







وذلك نسعاً ثمة وتأجيل البعض وذلك مائة إلى شهر وكذلك لو كان عليه ألف درهم وكفصا حة على مائة جاز وطار يق  
جواز أن يجعل خطأ واستقاطا للكر لا معاوضة لأن استبدال المسلم فيه لا يجوز ولو كان المالان عليه رجلين لا أحدهما  
دراهم والاخر دنانير فصالحه على مائة درهم جاز وطرقة جواز أن يعتبر معاوضة في حق أحدهما وخطا واستقاطا في  
حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينهما من الدراهم والدنانير فالقدر الذي أصاب الدنانير يكون  
عوضا عنها فيكون صرفا فيراعى فيه شرائط الصرف فيشترط القبض في المجلس والقدر الذي أصاب الدراهم لا يجوز  
أن يجعل عوضا لأنه يؤدي إلى الرافى فيجعل الصلح في حقه استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي والأصل أن  
الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير يعتبر استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي ومتى وقع على  
أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والمعين يعتبر معاوضة لا نه لا يمكن حمله على استيفاء عين  
الحق والإبراء عن الباقي لأن استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة فما جازت به المعاوضات  
يجوز هذا وما فسدت به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الأصل وعلى هذا إذا صالح من ألف حالة  
على ألف مؤجلة جاز ويعتبر خطأ للحلول وتأجيل الدين ويجوز بدون من حقه لا معاوضة ولو صالح من ألف حالة على  
خمسمائة قد ذكرناه يجوز ويعتبر استيفاء لبعض حقه وإبراء عن الباقي وأما إذا صالح على خمسمائة أن يعطيها إياه فهذا  
لا يخلو من أحد وجهين (أما) أن وقت لاداء الخمسمائة وقتا (وأما) أن لم يؤت فان لم يؤت فالصلح جائز ويكون خطأ  
للمسمائة لأن هذا الشرط لا يفيد شيئا يمكن من قبل ألا ترى أنه لو لم يذ كر لزمه الاعطاء فكان ذكره والسكوت عنه  
بمثلة واحدة وكذلك الخط على هذا بان قال للغير يخططت عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة لئلا يئنا وان وقت بان  
قال صا حلك على خمسمائة على أن تعطيني اليوم أو على أن تعجلها اليوم فاما ان اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط  
العدم وأما ان نص عليه فقال فان لم تعطني اليوم أو ان لم تعجل اليوم أو على أن تعجلها اليوم فالألف عليك فان نص عليه  
فان أعطاه وعجلت في اليوم فالصلح ماض و يرى عن خمسمائة وان لم يعطه حتى مضى اليوم فالألف عليه بخلاف  
وكذلك الخط على هذا (وأما) اذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط عدم فان أعطاه في اليوم يرى عن خمسمائة  
بالإجماع وأما اذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح والألف عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الصلح  
ماض وعليه خمسمائة فقط (وجه) قوله ان شرط التعجيل ما أفاده شيئا يمكن من قبل لان التعجيل كان واجبا عليه  
بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمثلة واحدة ولو سكت عنه لكان الامر على ما وصفنا فكذلك هذا بخلاف ما اذا  
قال فان لم تفعل فكذلك لان التخصيص على عدم الشرط نقي للمشروط عند عدمه فكان مفيدا (وجه) قولهما أن  
شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انقاس العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل لان العاقل يقصد بتصرفه  
الافادة دون اللغو واللعب والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للعالم لان التعجيل ثابت بدونه فيجعل  
ذكر شرط التعجيل ظاهرا لشرط انقاس العقد عند عدم التعجيل فصار كأنه نص على هذا الشرط فقال فان لم تعجل  
فلا صلح بينهما ولو كان كذلك لكان الامر على ما نص عليه فكذلك هذا وتبين بهذا أن هذا تعليق التفسير بالشرط  
لا تعليق العقد كما ادّعى باللف على أن يتقدم إلى ثلاثة أيام فان لم يتقدمه فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط  
على التفسير لا على العقد فكذلك هذا وكذلك لو أخذ منه كفيلاً وشرط على الكفيل أنه ان لم يوفه خمسمائة إلى رأس  
الشهر فعليه كل المال وهو الألف فهو جائز والألف لازمة للكفيل ان لم يوفه لأنه جعل عدم ايفاء الخمسمائة إلى رأس  
الشهر شرطاً للكفالة بالألف فاذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الألف ثم قال حططت  
عنك خمسمائة على أن توفيقي رأس الشهر خمسمائة فان لم تفعل فالألف عليك فهذا أوثق من الباب الاول لان هذا  
هنا عاق الخط بشرط التعجيل وهو ايفاء الخمسمائة رأس الشهر وجعل عدم هذا الشرط شرطاً لا انقاس الخط وفي  
الباب الاول جعل عدم التعجيل شرطاً للعقد وهو الكفالة بالألف والتفسير للشرط أقبل من العقد لذلك كان الثاني

أوثق من الاول وكذلك لو جعل المال نحو ما بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجم عند حله فالألف حال  
عليه فهو جائز على ما شرط لانه جعل الاخلال بنجم شرطاً للحلول كل المال عليه وأنه يبيع ولو كان له عليه ألف فقال  
أداني من الألف خمسمائة غدا على أنك ترى من الباقي فان أدى اليه خمسمائة غدا يبرأ من الباقي إجماعاً وان لم يؤد فعليه  
الألف عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس عليه الا خمسمائة وقد مرّت المسئلة ولو قال ان أديت إلى  
خمسمائة فانت ترى من الباقي أو قال متى أديت فادى اليه خمسمائة لا يرى عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك اذا  
قال لم كاتبه ذلك فادى خمسمائة لا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف ما اذا  
كان بلفظ الصلح أو الخط أو الامر لان ذلك ليس تعليق البراءة بالشرط على ما مر ولو قال لم كاتبه ان أديت إلى  
خمسمائة فانت حر فادى خمسمائة عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك في حق المكاتب صحيح ولو كان له على انسان  
ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لا يخلو  
من ان يشترط التعجيل أو لم يشترط فان صالح على أقل من حقه قدر أو وصف أو قدر أو وصف أو لم يشترط التعجيل لما وقع  
عليه الصلح جاز ويكون خطأ ويجوز بدون حقه ولان يأخذ الباقي بعد حل الاجل وان شرط التعجيل فالصلح باطل  
وعليه رد ما قبض والرجوع برأس ماله بعد حل الاجل لان فيه معاوضة الاجل وهو التعجيل بالخط وهذا لا يجوز  
لان الاجل ليس بمال وان صالح على تمام حقه جاز وان شرط التعجيل فان صالح من ألف مؤجلة على  
ألف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس وكذلك حكم الدنانير على هذا ولو كان الواجب عليه  
قيمة المستهلك فان كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح فان صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح  
لان الواجب في ذمته قبل المتلف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقاً للمائة المعلقة ثم ملكه بأداء الضمان فاذا  
صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أي وصف كان وان صالح على غير الدراهم والدنانير ان كان عيناً  
جاز ولا يشترط القبض وان كان ديناً موصوفاً يجوز أيضاً لكن القبض في المجلس شرط ولو كان الواجب عليه مثل  
المستهلك فان كان من ذوات الامثال كالكيل والموزون الذي ليس في تبعيضه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح  
في كراخطة فتقول والله التوفيق اذا كان المذمعي ديناً سوى الدراهم والدنانير فان كان ميكلابان كان كراخطة مثلاً  
فصالح منه لا يخلو من أحد وجهين (أما) ان صالح على جنسه أو على خلاف جنسه فان صالح على جنسه لا يخلو من  
ثلاثة أوجه (أما) ان صالح على مثل حقه (وأما) على أقل منه (وأما) ان صالح على أكثر منه فان صالح على مثل حقه  
قدر أو وصفاً جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وان صالح على أقل من حقه قدر أو وصفاً جاز ويكون  
خطأ لا معاوضة لما ذكرنا في الدراهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلاً وان صالح على أقل من حقه وصفاً لا قدر  
جاز أيضاً ويكون استيفاء لعين حقه أصلاً وإبراء له عن الصفة فلا يشترط القبض ويجوز حتى لا يبطل بالتأجيل أو  
تركه ويعتبر رضا بدون حقه ولو صالح على أكثر من حقه قدر أو وصفاً أو قدر أو وصفاً لا يجوز لانه ربا وان صالح  
على أكثر منه وصفاً لا قدر بان صالح من كرديء على كرجيد جاز ويعتبر معاوضة احترازاً عن الافتراق عن دين  
بدين ولو صالح منه على كرم مؤجل جاز لانه حط حقه في الحلول ورضى بدون حقه كافي الدراهم والدنانير هذا اذا كان  
أكثر الدين حالا فان كان مؤجلاً فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الصلح من  
الألف المؤجلة من غير تفاوت هذا اذا صالح من الكر على جنسه فان صالح على خلاف جنس حقه فان كان الكر  
الذي عليه ساماً لا يجوز بحال لان الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل  
قبضه الا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال يكون اقالة للمسلم وفسخاً  
لذلك جائز وان لم يكن ساماً فصالح على خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدراهم والدنانير جاز بشرط القبض  
وان كان معيناً مشار اليه لانها لا تتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقاً عن دين بدين وان كان ذلك من المكيلات



وهو عين جاز ولا يشترط القبض وان كان موصوف في الذمة جاز أيضا فارق بين هذا وبين ما اذا كان عليه درهم او دينار  
فصالح منها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع ألا ترى انه قول بالانحياز والبيع  
ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعا إلا انه لا بد من القبض في المجلس احترازاً عن الافتراق عن دين  
بدن وان كان من العر وض والحيوان فان كان عيناً جاز وان كان ديناً يجوز في الثياب الموصوفة اذا أتى شرائط السلم  
لكن القبض في المجلس شرط احترازاً عن الافتراق عن دين بدن ولا يجوز في الحيوان الموصوف بحال لانه لا يثبت  
ديناً في الذمة بدلا عما هو مال وكذلك اذا كان المدعى موزوناً وديناً موصوف في الذمة فصالح منه على جنسه أو على  
خلاف جنسه الى آخر ما ذكرنا في المكيل الموصوف هذا اذا كان المدعى مكيلاً أو موزوناً وديناً موصوف في الذمة فان  
كان ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منه على جنسه واما ان صالح منه على خلاف  
جنسه فان صالحاً على جنسه فهو على ثلاثة أوجه (اما) ان صالحاً على مثل حقه أو أكثر منه أو أقل فان صالحاً على مثل  
حقه قدر او وصفاً فان صالحاً من ثوب هر وى جيد على ثوب هر وى جيد جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين  
حقه وكذلك ان صالحاً على أقل من حقه قدر او وصفاً أو وصفاً لا قدر لا يجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه  
وحطاً للباقي وبراءة أصله ووصفاً والبراءة عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالحاً على أقل من  
حقه قدر الا وصفاً بان صالحاً من ثوب ردى على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدينار والمكيل والموزون  
الموصوفين بان صالحاً من ألف نهر جرة على خمسمائة جراد أو صالحاً من كر ردى على نصف كر جيد أو صالحاً من من  
حد بدردى على نصف من جيد انه لا يجوز والفرق ان المانع من الجواز هو الاعتراض عن الجودة هنا جاز لان الجودة  
في غير الاموال الربوية عند مقابلة ما ينسبها لها قيمة بخلاف الاموال الربوية وهذا لان الاصل ان تكون الجودة  
متقومة في الاموال كلها لانها صفة مرغوبة يبدل العوض في مقابلتها الا ان الشرع استقطب اعتبارها في الاموال الربوية  
تعبداً بقوله جيد هاورد ثمنها سواء بقيت متقومة في غيرها على الاصل فيصح الاعتراض عنها وان صالحاً على أكثر من  
حقه قدر او وصفاً بان صالحاً من ثوب هر وى جيد على ثوب هر وى جيد يجوز لكن يشترط القبض لان  
جوازه بطريق المعاوضة والجنس بانقراده يحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدي الى الربا وكذلك ان صالحاً على  
أكثر من حقه قدر الا وصفاً بان صالحاً من ثوب هر وى جيد على ثوب هر وى رديين جاز والقبض شرط لما  
ذكرنا ولو صالحاً على أكثر من حقه وصفاً لا قدر بان صالحاً من ثوب ردى على ثوب جيد جاز لانه معاوضة اذا لا يمكن  
حمله على استيفاء عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يؤدي الى الربا  
وان صالحاً على خلاف جنس حقه كائناً ما كان لا يجوز ديناً كان أو عيناً لان فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه  
لا يجوز الا على رأس مال السلم لان الصلح عليه يكون اقالة وفسخاً لاستبدال وان كان المدعى حيواناً موصوفاً في  
الذمة في قتل الخطأ أو شبه العمد فصالح فنقول الجملة فيه ان هذا في الاصل لا يخلو من وجهين (اما) ان صالحاً على ما هو  
مفروض في باب الديق في الجملة (واما) ان صالحاً على ما ليس بمفروض في الباب أصلاً وكل ذلك لا يخلو اما ان صالحاً  
قبل تعيين القاضي نوعاً من انواع المقر وضه أو بعد تعيينه نوعاً منها فان صالحاً على المقر وض قبل تعيين القاضي بان  
صالحاً على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار أو على مائة من الابل أو على مائة بقرة أو على ألف شاة أو على مائة حلة  
جاز الصلح وهو في الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد الانواع المقر وضه بمقابلة تعيين القاضي فيجوز ويكون  
استيفاء عين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلاً برضا التنازل وكذلك اذا صالح على أقل من المقر وض يكون استيفاء  
لبعض عين الحق وبراءة عن الباقي وان صالحاً على أكثر من المقر وض لا يجوز لانه ربا ولو صالح بعد ما عين القاضي نوعاً  
منها فان صالحاً على جنس حقه المعين جاز اذا كان مثله أو أقل منه وان كان أكثر لا يجوز لانه ربا وان صالحاً على خلاف  
الجنس المعين فان كان من جنس المقر وض في الجملة بان عين القاضي مائة من الابل فصالح على مائة من البقر أو أكثر

جاز وان يكون معاوضة لان الابل ليست واجبة بتعيين القاضي فلم يبق غيره واجبا فكانت البقر بدلا عن الواجب  
في الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازاً عن الافتراق عن دين بدن وكذلك اذا كان من خلاف  
جنس المقر وض بان صالحاً على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدينار جاز ويكون معاوضة ويشترط التقاض  
لما قلنا ولو صالحاً على قيمة الابل أو أكثر مما تقابل الناس فيه جاز لان قيمة الابل دراهم ودينار وانما ليست  
من جنس الابل فكان الصلح عليها معاوضة فيجوز قل أو أكثر ولا يشترط القبض وكذلك اذا صالح من الابل على  
دراهم في الذمة وافتراق من غير قبض جاز وان كان هذا افتراقاً عن دين بدن لان هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء  
عين حقه لان الحيوان الواجب في الذمة وان كان ديناً لكنه ليس بدناً لان ما لا بد من القبض لانه لا بد من القبض لانه لا بد من القبض  
من له على التبول بخلاف سائر الدواب فلا يكون افتراقاً عن دين بدن حقيقة هذا اذا قضى القاضي عليه بالابل فان  
قضى عليه بالدراهم والدينار فصالحاً من مكيل أو موزون سوى الدراهم والدينار أو بقر ليس عنده لا يجوز لان ما يقابل  
هذه الاشياء دراهم او دينار وانما الثمن لا يفتن هذه مبيعة وبيع المبيع الذي ليس بعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا  
اذا صالح على المقر وض في باب الدية فاما اذا صالح على ما ليس بمفروض أصلاً كالمكيل والموزون سوى الدراهم  
والدينار ونحو ذلك مما لا يدخل في المقر وض قبل تعيين القاضي جاز وان كانت قيمته أكثر من المقر وض لكن  
القبض في المجلس شرط لانه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا وان كان بعد تعيين القاضي فهو على ما ذكرنا من  
التفصيل وكذلك حكم الصلح عن انكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن اقراره في جميع ما وصفنا هذا الذي  
ذكرنا اذا كان بدل الصلح مالا عيناً أو ديناً فاما اذا كان منفعة بأن صالحاً على خدمة عبد بعينه أو ركوب دابة بعينها أو  
على زراعة أرض أو سكنى دار وقتاً معلوماً جاز الصلح ويكون في معنى الاجارة سواء كان الصلح عن اقرار المدعى  
عليه أو عن انكاره أو عن سكوته لان الاجارة تملك المنفعة بعوض وقد وجد اما في موضع الاقرار فظاهر لان بدل  
الصلح عوض عن المدعى وكذلك في موضع الانكار في جانب المدعى وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة  
واليمين وكذلك في السكوت لان الساكت منكر حكماً سواء كان المدعى عيناً أو ديناً لكن تملك المنفعة قد يكون بالعين وقد  
يكون بالدين كما في سائر الاجارات وان كان المدعى منفعة فان كانت المنفعة من جنسين مختلفين كما اذا صالح من  
سكنى دار على خدمة عبد بجوز بالاجماع وان كانت من جنس واحد لا يجوز عندنا وأصل المسئلة في كتاب الاجارات  
واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما تصح به الاجارات ويفسد بما تقسده ولصاحب العبد ان يعتقه لان  
صحة الاعتاق يقف على قيام ملك الرقبة وانه قائم فاشبه باعتاق المستأجر والمرهون وليس له ان يبيعه لان جواز البيع  
بعد ملك اليد ولم يوجد فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمرهون وله ان يؤجره من غيره لان منفعة صارت لملكه  
له بالصلح فان شاء استوفاه بنفسه وان شاء ملكه من غيره كالعبد المستأجر وله ان يؤجره من المدعى عليه في مدة  
الصلح عند أبي يوسف ولا يبطل الصلح كالأجير من غيره وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كالأجير من المؤاجر  
في مدة الاجارة وانه لا يجوز بالاجماع وتبطل الاجارة الاولى ولا يجب على المستأجر شيء من الاجارة كذا هذا وله  
ان يسافر به وذكري الاجارة ان من استأجر عبد الخدمة لم يكن له ان يسافر به للتفاوت بين خدمتي السفر والحضر  
والفرق ان المسافر بالعبد المستأجر للخدمة الخاق الضرر بالا جراً لان مؤنة الرد في باب الاجارة عليه ور بما يلزمه برده  
مؤنة تريد على الاجرة فيتضرر به فلم يملك المسافر به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم لان مؤنة الرد لا تلزم  
صاحب العبد فاشبه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافر به كذا هذا ولو ادعى على رجل داراً في  
يده فانكر المدعى عليه فصالحه على ان يسكن المدعى عليه الذي في يده الدار سنة ثم يدفعها الى المدعى جاز لان المدعى  
متصرف في ملك نفسه ببدل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنة والمدعى عليه متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة  
لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفاً في ملك نفسه في زعمه فيجوز ومنها ان يكون متقوماً فلا يصح



الصلح على الخمر والخمر برمن المسلم لأنه ليس بمال متقوم في حقه وكذا إذا صلح على دن من خل فاذا هو خمر لم يصح لأنه تبين أنه لم يصادف محله ومنها أن يكون مملوكا للصلح حتى أنه إذا صلح على مال ثم استحق من يد المدعى لم يصح الصلح لأنه تبين أنه ليس بمملوك للصلح فتبين أن الصلح لم يصح ومنها أن يكون معلوما لأن جهالة البذل تؤدي إلى المنازعة فتوجب فساد العقد إلا إذا كان شيئا لا يفتقر إلى القبض والتسليم كما إذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقا ثم نصحا على أن جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه صلحا مما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح وإن كان مجهولا لأن جهالة البذل لا تمنع جواز العقد لغيرها بل لا فضاها إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم فإذا كان مالا يستغنى عن التسليم والتسليم لا يفضي إلى المنازعة فلا يمنع الجواز إلا أن الصلح من القصاص في النفس وما دونه تتحمل الجهالة القليلة في البذل كما تتحمل في المهر في باب النكاح والخلع والاعتاق على مال والكتابة لما علم ولو صلح على مسيل أو شرب من نهر لا حق له في رقبته أو على أن يحمل كذا وكذا جذا على هذا الخاطئ وعلى أن يسيل مزاياه في داره أيا ما معلومة لا يجوز لأن ما وقع عليه الصلح في هذه المواضع مفتقر إلى القبض والتسليم فلم تكن جهالته محتملة لهذا لا يجوز بيعها فلا يصح الصلح عليها والأصل أن كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه ومالا فلا

فصل في وأما الذي يرجع إلى المصالح عنه فأنواع أحدها أن يكون حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا عينا أو ديناً أو حقاً ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانيا أو سارقاً من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه إلى ولي الأمر لأنه حق الله تعالى جل شأنه ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه لأن المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه أما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واستقاط الباقي أو بالمعوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه وكذا إذا صلح من حد القذف بأن قذف رجلاً فصالحه على مال على أن يعفو عنه لأنه وإن كان للعبد فيه حق فالمغلوب ملحق بالعدم شرعاً فكان في حكم الحقوق المتمحضة حق الله تعالى عز وجل وإنما لا تحتل الصلح كذا هذا وكذلك لو صلح شاهد يد أن يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لأن الشاهد في إقامة الشهادة محتسب حق الله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ويجب عليه رد ما أخذ لأنه أخذه بغير حق ولو علم القاضي به أبطل شهادته لأنه فسق إلا أن يحدث توبة فتقبل ويجوز الصلح عن التعزير لأنه حق العبد وكذا يصح عن القصاص في النفس وما دونه لأن القصاص من حق العبد سواء كان البذل عينا أو ديناً إلا إذا كان ديناً يشترط القبض في المجلس احترازاً عن الافتراق عن دين بدين وسواء كان معلوماً أو مجهولاً جهالة غير متفاحشة حتى لو صلح من القصاص على عبد أو ثوب هروى جاز لأن الجهالة قلت ببيان النوع لأن مطلق العبد يقع على عبد وسط ومطلق الثوب الهروى يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخيار أن شاء أعطى الوسط من ذلك وإن شاء أعطى قيمته كفاي النكاح فاما إذا صلح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز لأن الثياب والدواب أجناس تحتمل أنواع مختلفة وجهالة النوع متفاحشة فتمنع الجواز وكذا جهالة الدور لا اختلاف إلا ما كن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتمنع الجواز كفاي باب النكاح والأصل أن كل جهالة تمنع صحة التسمية في باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص ومالا فلا لأن ما وقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلا عما ليس بمال والجهالة لا تمنع من الصحة لغيرها إلا ترى أن الشرع ورد به المثل في باب النكاح مع أنه مجهول القدر وإنما يمنع منها لا فضاها إلى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المسامحة كالانسان يسامح بنفسه مالا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضياً إلى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لأن مباد على المما كسوة والمضايق لكونه معاوضة مال بمال والانسان يضايق بماله مالا يضايق بنفسه فهو الفرق والله عز وجل الموفق وإذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البذل يستقط القصاص وتجب الدية وفي النكاح

يجب مهر المثل الآن بينهما فاقمن وجهه فانه لو صلح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق أن الخمر إذا لم تصلح بدل الصلح بطلت تسميته وجعل لفظة الصلح كناية عن العفو وذلك جاز لأن العفو الفضل وفي الصلح معنى الفضل فأمكن جعله كناية عنه بعد العفو ولا يجب شيء آخر فأما لفظ النكاح فلا يحتمل العفو ولو احتمله فالعفو عن حق الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما إذا سكت عن المهر أصلاً فهو الفرق وسواء كان البذل قدر الدية أو أقل أو أكثر لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان قوله عز وجل فمن عفى له أي أعطى له كذا روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقوله عز شأنه فاتباع بالمعروف أي فليتبع مصدر بمعنى الأمر فقد أمر الله تبارك وتعالى الولي بالاتباع بالمعروف إذا أعطى له شيء واسم الشيء يتناول القليل والكثير فدللت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبهه العمد أنه إذا صلح على أكثر من الدية لا يجوز والفرق أن بدل الصلح في باب الخطأ وشبهه العمد عوض عن الدية وإنما مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه فالزيادة على المقدر تكون ربا فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البذل عنه زيادة على المال المقدر فلا يتحقق الرابح والفرق وأما كون المصالح عنه معلوماً فليس بشرط لجواز الصلح حتى أن من ادعى على آخر حقا في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز لأن الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاستقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البذلين فيصح بطريق الاستقاط فلا يؤدي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم والقبض لأن الساقط لا يحتمل ذلك وقد مر أن الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح والثاني أن يكون حق المصلح والثالث أن يكون حقا ثابتا في المحل فلا يكون حقا أولا يكون حقا ثابتا في المحل لا يجوز الصلح عنه حتى لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبياني يدعيه أنه ابنه منها وجحد الرجل فصالحته عن النسب على شيء فالصلح باطل لأن النسب حق الصبي لا حتمها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها ولأن الصلح اما استقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملها ولو صلح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل لأنه لا حق للشفيع في المحل إنما الثابت له حق التمليك وهو ليس لمعنى في المحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالي فلا يحتمل الصلح عنه بخلاف الصلح عن القصاص لأن هناك المحل يصير مملوكا في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا في المحل فملك الاعتياض عنه بالصالح فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس إذا صلح على مال على أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لأن الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالي فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة وهل تبطل الكفالة فيه وإيتان في رواية لا تبطل لأنه ما رضى بسقوط حقه إلا بعوض ولم يسلم له فلا يستقط حقه وفي رواية يستقط لأن البراء لا تنقص حقه على العوض فيصح وإن لم يسلم العوض فإذا صلح أنه اسقاط فالساقط لا يحتمل العود وعلى هذا إذا كان لرجل ظلة على طريق أو كتيف شارعه أو مزاياه فخاصمه رجل وأراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يتخلو من وجهين أما أن يكون الطريق نافذا وأما أن لا يكون نافذا فإذا كان نافذا فخاصمه رجل من المسلمين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لأن رغبة الطريق النافذ لا تكون ملكا لخدم من المسلمين وإنما لهم حق المرور وإنه ليس بحق ثابت في رغبة الطريق بل هو عبارة عن ولاية المرور وإنه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما أنه لا فائدة في هذا الصلح لأنه ان سقط حق هذا الواحد بالصلح فالباقين حق القلع وكذا لو صلح الثاني مع هذا المتقدم إليه على مال يأخذ من المتقدم إليه الطرح فالصلح باطل لأن الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة هذا إذا كان الطريق نافذا فاما إذا لم يكن نافذا فصالحه رجل من أهل الطريق على مال للترك فالصلح جائز لأن رغبة الطريق هنا مملوكة لأهل السكة فكان لكل واحد منهم فيها



ملكاً خاز الصلح عنه وكذا السقاط حق كل واحد منهم بالصلح مفيداً لا احتمالاً لمحصل رضا الباقي ولا بمقتضى ذلك في الوجه الأول لأنهم لا يحصون وكذا الوصاح الثاني مع واحد منهم على مال للترك جاز ويطيب له المال لأن رتبة الطريق ملوكة لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضاً عن ملكه فصح فإما في طريق المسلمين فلا ملك لا حد فيها ولا حق ثابت في المحل فلم يكن الصلح اعتياضاً عن ملك ولا حق ثابت في المحل فبطل وذكر الجصاص أن جواز الصلح في طريق غير نافذ بمحمول على ما إذا بني على الطريق فإما إذا شرع إلى الهواء فلا يجوز لأنه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فطلب منه اليمين فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح وبرى من اليمين وكذا إذا قال المدعى عليه صالحك من اليمين التي وجبت لك على أوقال افتديت منك يمينك بكذا وكذا أصبح الصلح لأن هذا أصلح عن حق ثابت للمدعى لأن اليمين حق المدعى قبل المدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام في قصة الحضرمي والكندى ألك بينة قال لا قال ألك بينة جعل اليمين حق المدعى فكان هذا أصلح عن حق ثابت شرعاً للمدعى وكذا الملك في المدعى ثابت في زعمه فكان الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعى عليه وهو بدل المال لا سقاط الخصومة والافتداء عن اليمين ولو قال المدعى عليه اشتريت منك اليمين على كذا أوقال المدعى بعت منك اليمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يجز بلفظ البيع والشراء ولو ادعى على رجل أنه عبده فأنكر فصالحه على مائة درهم جاز لأن هذا أصلح عن حق ثابت في حق المدعى لأن الرق ثابت في حقه فكان الصلح في حقه اعتياضاً عن مال فيصح إلا أن الولاء لا يكون له لا نكار المدعى عليه الرق فإن أقام المدعى بذلك بينة لا تقبل إلا في حق اثبات الولاء وكذلك لو صالحه على حيوان في الذمة إلى أجل كان جائزاً لأن الرق ثابت في حق المدعى فكان بدل الصلح بدلاً عن العتق في حقه فأشبه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة ولو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فجدته فصالحته على مال بذله حتى يترك الدعوى جاز لأن النكاح حق ثابت في حق المدعى فكان الصلح على حق ثابت فكان في معنى الخلع إذ هو أخذ المال بالبضع وقد وجد فكان جائزاً وفي حقه بدل مال لا سقاط الخصومة وأنه جائز أيضاً للنص ولو ادعت امرأة على رجل نكاحاً فجدد الرجل فصالحها على مال بذله لا يجوز لأنه لا يخلو إما أن يكون النكاح ثابتاً أو لم يكن ثابتاً فإن لم يكن ثابتاً كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة وإن كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح لأن العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضاً عن شيء فلا يجوز ولو ادعى على إنسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه أن يحلف المدعى عليه فهو برىء فالصلح باطل والمدعى على دعواه حتى لو أقام بينة أخذه بها لأن قوله على أنه أن يحلف المدعى عليه فهو برىء تعليق البراءة بالشرط وأنه باطل لأن في الإبراء معنى التملك والأصل في التملك أن لا يحتمل التعليق بالشرط وإن لم تكن له بينة وأراد استحقاقه فهو على وجهين إن كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى لأن تلك اليمين غير معتبرة لأنها غير واجبة ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتداً بها وإن كان عند القاضي لم يستحلفه ثانياً لأن الحلف عند القاضي معتد به فقد استوفى المدعى حقه مرة فلا يجب الإفاء ثانياً ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فإذا حلف فالصلح واجب على المدعى عليه فهو باطل لأن هذا تعليق وجوب المال بالشرط وأنه باطل لكونه قاراً ولو ادعى إنساناً ودية ثم طلبها منه فقال المدعى هلكت أو قال رددتها وكذب المدعى وقال استهلكتم افتصالحا على شيء فالصلح باطل عند أبي يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمد أن هذا أصلح وقع عن دعوى صحيحة وبين متوجهة فيصح كافي سائر المواضع (وجه) قول أبي يوسف أن المدعى مناقض في هذه الدعوى لأن المدعى أمين المال وقول الأمين قول المؤمن فكان إخباره بالرد والهلاك إقراراً من المدعى فكان مناقضاً في دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة الدعوى إلا أنه يستحلف لكن لا يدفع الدعوى لأنها مندفة لبطلانها بل للتمهة وإذا لم تصح الدعوى لا يصح

الصلح ولو ادعى المدعى الاستهلاك ولم يفل المدعى أنها هلكت أو رددتها فتصالح على شيء جاز لأن دعوى الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه فصح الصلح ولو طلب المدعى الوديعة فجدد لها المدعى وقال لم يودعني شيئاً ثم قال هلكت أو رددتها وقال المدعى بل استهلكتم افتصالحا جاز لأن المالك يدعى عليه ضمان الغصب بالوجود إذ هو سبب لجوب الضمان وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والمضاربة لأن كل ذلك أمانة ولو اشترى من رجل عبداً فظن فيه عيب وخصمه فيه ثم صالحه على شيء أو حط من ثمنه شيئاً فإن كان العبد مما يجوز رده على البائع وله المطالبة بأرش العيب دون الرد فالصلح جائز لأن الصلح عن العيب صالح عن حق ثابت في المحل وهو صفة سلامة المبيع عن عيب وانما من قبيل الأموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح وكذا الصلح عن الأرض معاوضة مال بمال لا شك فيه وإذا صار المبيع بحال لا تلك رده على البائع ولا المطالبة بأرشه بأن باع العبد فالصلح باطل لأن حق الدعوى والخصومة فيها قبل البيع قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح ولو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بيضاً في عين العبد فأنحى بطل الصلح ويرد ما أخذ لأن المعوض وهي صفة السلامة قد عادت فيعود العوض فبطل الصلح ولو طعن المشتري بعيب فصالحه البائع على أن يبر به من ذلك العيب ومن كل عيب فهو جائز لأن الإبراء عن العيب إبراء عن صفة السلامة واستقاط طاعته مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها والإبراء عن كل عيب وإن كان إبراء عن المجهول لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة الإبراء للفقهاء الذي مر قبل هذا أن الجهالة لعينها غير مانعة بل لا فضاها إلى المنازعة المانعة من التسليم والتبضع والذي وقع الصلح والإبراء عنه لا يقتضي التسليم والتبضع فلا تضرده الجهالة وكذلك لو لم يطعن المشتري بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شيء فالصلح جائز لأنه وإن لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فصالحه لا يبطال هذا الحق ولو خصمه في ضرب من العيوب نحو الشجاج والقرح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له أن يخاصمه فيه لأن الصلح وقع عن نوع خاص فكان له حق الخصومة في غيره ولو اشترى شيئاً من امرأة فظهر به عيب فصالحته على أن تزوجه فهو جائز وهذا إقرار منها بالعيب فإن كان يبلغ أرش العيب عشرة دراهم فهو مهرها وإن كان أقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم لأن أرش العيب صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر فإذا نكحت نفسها فقد أقرت بالعيب وكذلك لو اشترى شيئاً بأرش عيب كان إقراراً بالعيب لأن الشراء معاوضة فالإقرار عليه يكون إقراراً بالعيب بخلاف الصلح حيث لا يكون إقراراً بالعيب لأن الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصح استعانة فلا يصح دليلاً على الإقرار بالشك والاحتمال ولو اشترى ثوبين كل واحد عشرة قبضهم ثم وجد أحدهما عيباً فصالح على أن يرد به العيب على أن يرد به في ثمن الآخر درهماً فالرد جائز وزيادة الدرهم باطل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز شيء من ذلك (وجه) قوله إن الرد بالعيب فسخ والفسخ بيع جديد بمزلة الإقالة والبيع تبطله الشروط الفاسدة (وجه) قوله إن هذا تعليق الزيادة في الثمن بالشرط وأنه باطل لأن الزيادة تلحق بأصل العقد وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لأنه في معنى التماز فكذا الزيادة عليه فإما الرد ففسخ العقد وأنه يحتمل الشرط فجائز ولو ادعى على امرأة نكاحاً فجدت فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز ويجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لأن إقرارها بالنكاح محمول على الصحة ولو ادعى على إنسان ألقاها وأنكر المدعى فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالالف فهو باطل لأن المدعى لا يخلو إما أن يكون صادقاً في دعواه الالف وإما أن يكون كاذباً فإن كان صادقاً فالف واجبة على المدعى عليه ويكون أخذ العوض عليه في معنى الرشوة وأنه حرام وإن كان كاذباً في دعواه فإقرار المدعى عليه بالالف التزام المال ابتداء وهذا لا يجوز ولو قال لامرأة أعطيتك مائة درهم على أن تكوني امرأتى ففعلت ذلك فهو جائز إذا كان بحضور من الشهود ويجعل كناية عن إنشاء النكاح وكذا لو قال تزوجتك أمس على ألف درهم فجدت فقال أزيدك مائة على أن تترى لي بالنكاح فأقرت جاز ولها ألف ومائة ويحمل إقرارها على الصحة والله عز وجل



أعلم هذا الذي ذكرنا إذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) إذا كان بين المدعى والاجنبي المتوسط أو المتبرع فلا يخلو ما إن كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره فإن كان بأمره يصح لأنه وكيل عنه والصلح مما يحتل التوكيل به وإن كان بغير أمره فهو صلح الفضولي وأنه على خمسة أوجه أحدها أن يضيف الضمان إلى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أو صالحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على أن يضمن لك الألف أو على أن على الألف والثاني أن يضيف المال إلى نفسه بأن يقول على التي هذه أو على عبدي هذا والثالث أن يعين البدل وإن كان لا ينسبه إلى نفسه بأن يقول على هذه الألف أو على هذا العبد والرابع أن يسلم البدل وإن لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسلمها إليه والخامس أن لا يفعل شيئا من ذلك بأن يقول صالحتك على ألف درهم أو على عبد وسط ولم يزد عليه في الوجوه الأربعة يصح الصلح لقوله تعالى إنما المؤمنون أخوة فأصلحو بين أخويكم وهذا خاص في صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام في جميع أنواع الصلح لدخول الألف واللام على الصلح وانهما لا يستغرق الجنس ولأنه بالصلح في هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع باستقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه إن كان الصلح عن اقرار وإن كان عن انكار باستقاط الخصومة فيصح تبرعه كما إذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء ومتى صح صلحة يجب عليه تسليم البدل في الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لأن التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على ما ذكره في فصل الحكم إن شاء الله تعالى (وأما) في الوجه الخامس فوقوف على اجازة المدعى عليه لأن عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتكليف لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على اجازته فإن أجاز نفذ ويجب البدل عليه دون المصلح لأن الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ولو كان وكيلاً من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك إذا تحقق التوكيل بالاجازة وإن رده بطل لأن التصرف على الإنسان لا يصح من غير إذنه واجازته ثم إنما يصح صلح الفضولي إذا كان حراً بالغاً فلا يصح صلح العبد المأذون والصبي لأنهما ليسا من أهل التبرع وكذا الخلع من الاجنبي على هذه الفصول التي ذكرنا بأن كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلاً ويجب المال على المرأة دون الوكيل وإن كان بغير اذنها فهو على الفصول التي ذكرنا في الصلح وكذلك الزيادة في الثمن من الاجنبي على هذا التفصيل إن كان باذن المشتري يكون وكيلاً ويجب على المشتري وإن كان بغير إذنه فعلى ما ذكرنا من الفصول وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الاجنبي على هذه الفصول ثم لا يخلو ما إن صالح على المقر وض أو على غير المقر وض بمقدار المقر وض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضي أو بعده على ما تقدم والأصل فيه أنه يجوز من صلح الاجنبي ما يجوز من صلح القاتل وما لا فلا وبيان ذلك أنه إذا صالح الفضولي على خمسة عشر ألفاً وعلى ألفي دينار وضمن قبل تعيين القاضي الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشر آلاف درهم وعلى ألف دينار وبطلت الزيادة لما ذكرنا أن الفضولي بالصلح في مثل هذا الموضع متبرع بقضاء دين على المتبرع عليه وليس عليه إلا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر ألف درهم دين فتضى عنه القين بغير أمره له أن يسترد الزيادة هذا إذا صالح على المقر وض فإن صالح على جنس آخر جاز لأن المانع من الجواز هو الرابح لا يجري في مختلفي الجنس وكذلك لو صالح على مائتي بعير بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لما أن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز الألف فكذلك الفضولي لما ذكرنا ثم إن كانت بغير عينها فالواجب عليه مائة من الابل على الاسنان الواجبة في باب الدية لأن نطاق الابل في هذا الباب ينصرف إلى الواجب وإن كانت بأعيانها فالواجب مائة منها والخيار إلى الطالب لأن الرضا بالكل يكون رضا البعض فإن كان في اسنان الابل نقصان عن اسنان الابل الواجبة في باب الدية فالطالب أن يرد الصلح لأن صلح الطالب على الزيادة على المقر وض محمول على أن غرضه أنه لو ظهر نقصان في السن لا يغير بزيادة العدد فإذا لم يحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختل رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص ولو صالح على مائة على

اسنان الدية وضمنها فهو جائز ولا خيار للطالب لأن الصلح على مائة على اسنان الدية استيفاء عين الحق وإن كان القاضي عين الواجب فتضى عليه بالدرهم فصالح المتوسط على ألفي دينار جاز ولا بد من القبض في المجلس كالوفاء له القاتل بنفسه لأنه صرف في رعي له شرائطه والله تعالى أعلم

**فصل** (وأما) بيان حكم الصلح فتقول وبالله التوفيق إن للصلح أحكاماً بعضها أصل لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع وبعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون البعض أما الأصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعين شرعاً حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح فأما الدخيل فأنواع منها حق الشفعة للشفيع وجملة ما إن المدعى لو كان داراً أو بدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدينار وغيرهما فإن كان الصلح عن اقرار المدعى عليه ثبت للشفيع فيها حق الشفعة لأنه في معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة وإن كان الصلح عن انكار لا يثبت لأنه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلي بحجته على المدعى عليه فإن كانت للمدعى بينة أقامها للشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لأن باقاة البينة بين له أن الصلح كان في معنى البيع وكذلك إن لم تكن له بينة خلف المدعى عليه فنكل وإن كان بدل الصلح داراً أو الصلح عن اقرار المدعى عليه ثبت للشفيع حق الشفعة في الدارين جميعاً لما مر أن الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين فصار كأنهما تباها داراً بدار فأخذ الشفيع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الأخرى وإن تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة وبعطى المدعى عليه داراً أخرى فإن كان الصلح عن انكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لأن هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين وإن كان الصلح عن اقرار لا يصح لأن الدارين جميعاً ملك المدعى لاستحالة أن يكون ملكه بدلاً عن ملكه وإذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة ولو صالح عن الدار على منافع لا تبت الشفعة وإن كان الصلح عن اقرار لأن المنفعة ليست بعين مال فلا يجوز أخذ الشفعة بها وإن كان الصلح عن انكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ولا يثبت في الدار المدعاة لأن الإخذ بالشفعة يستدعي كون المأخوذ مبيعاً في حق من يأخذ منه لأن الصلح عن انكار في جانب المدعى معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى البيع في حقه إذا كان عيناً فكان للشفيع حق الاخذ منه بالشفعة وفي جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة بل هو إسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدائر المدعاة حكم المبيع في حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة إلا أن يدلي بحجة المدعى فيقيم البينة أو يحلف المدعى عليه فينكل على ما ذكرنا ومنها حق الرد بالعيب وأنه يثبت من الجانبين جميعاً إن كان الصلح عن اقرار لأنه بمنزلة البيع وإن كان عن انكار يثبت في جانب المدعى ولا يثبت في جانب المدعى عليه لأن هذا بمنزلة البيع في حقه لا في حق المدعى عليه والعيب على المدعى عليه في دعواه فإن أقام البينة أخذ حصصه العيب وإن لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع في شيء وكذا لو استحق عليه الدار وقد بنى فيها بناء فنقض لا يرجع على المدعى بقيمة البناء وكذا لو كان المدعى جارية فاستولدها لم يكن مغروراً ولا يرجع بقيمة الولد لأن ما أخذه المدعى ليس بدل المدعى في حقه لأنه إذا استحققت الدار المدعاة يرجع على المدعى بما أدى إليه لأن المؤدى بدل الخصومة في حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى ولو وجد بدل الصلح عيباً فلم يقدر على رده للهلاك أو للزيادة أو للنقصان في بدل المدعى فإن كان الصلح عن اقرار يرجع على المدعى عليه بحصة العيب في المدعى وإن كان عن انكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه فإن أقام البينة أخذ حصصه العيب وكذا إذا حلفه فنكل وإن حلف فلا شيء عليه ومنها الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح ولفظ الطحاوي بينهما والحق الرد في الصلح عن انكار ببذل الصلح عن القصاص وبالهر وبذل الخلع والرد بخيار الرؤية غير ثابت في تلك العقود فكذلكها في كتاب الصلح أثبت حق الرد في النوعين جميعاً من غير فصل هو الصحيح لأن الخيار ثبت للمدعى فيستدعي كونه معاوضة عن حقه وقد وجد كذلك الأحكام تشهد بصحة هذا



على ما ذكر ومنها أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان متوقفاً في نوع الصلح فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحو ذلك وإن كان غداً راجحاً عند أي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز ونحو ذلك في الصلح عن القصاص للمصالح أن يبيعه ويرى عنه قبل القبض وكذلك المهر والخلع والفرق إن المانع من الجواز في سائر المواضع التحرز عن انقضاء العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هلاك الصلح عن القصاص مما لا يحتمل إلا نفاخ فلا حاجة إلى الصيانة بالمنع كالمرور وبذلك يتبين أن الحاق العقد بالعقد الذي هو مبادلة مال بمهر مال على ما ذكره الطحاوي غير سديد ولو صالح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لأن الصلح لم ينسخ في حق وجوب التسليم وهو عاجز عن تسليم العين للمصلح فيجب تسليم القيمة (ومنها) أن الوكيل بالصلح إذا صالح ببدل الصلح يلزمه أو يلزم المدعي عليه فهذا في الأصل لا يخلو من وجهين إما أن يكون الصلح في معنى المعاوضة وإما أن يكون في معنى استيفاء عين الحق فإن كان في معنى المعاوضة يلزمه دون المدعي عليه لأنه لا يكون جارياً بجرى البيع وحقوق البيع راجعة إلى الوكيل وإن كان في معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضاً إما أن ضمن بدل الصلح وإما أن لم يضمن فإن لم يضمن لا يلزمه لأنه يكون سفيراً بمنزلة الرسول فلا يرجع إليه الحقوق وإن ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد (وأما) الفضولي فإن نفذ صلحه فالبديل عليه ولا يرجع به على المدعي عليه لأنه متبرع وإن وقف صلحه فرد المدعي عليه بطل ولا شيء على واحد منهما وإن أجاز به جاز والبديل عليه دون الفضولي

**فصل** وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فتقول وبالله التوفيق ما يبطل به الصلح أشياء (منها) الإقالة فيما سوى القصاص لأن ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال فكان محتماً للنسخ كالبيع ونحوه (فأما) في القصاص فالصلح فيه إسقاط محض لأنه غفوه والعفو إسقاط فلا يحتمل النسخ كالطلاق ونحوه (ومنها) لحاق المرتد بالحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده على الإسلام أو الحقوق بدار الحرب والموت فإن أسلم نفذ وإن لحق بدار الحرب وقضى القاضي به أو قتل أو مات على الردة تبطل وعندهما نافذة والمرتد إذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحر بية لأن حكمها حكم الحرية والمسئلة تعرف في موضعها إن شاء الله تعالى (ومنها) الرد بخيار العيب والرؤية لأنه يفسخ العقد لما علم (ومنها) الاستحقاق وأنه ليس بطلاً حقيقياً بل هو بيان أن الصلح لم يصح أصلاً لأنه بطل بعد الصحة إلا أنه ابطال من حيث الظاهر لنفاذ الصلح ظاهر أفيجوز إلحاقه بهذا القسم لكنه ليس باطل حقيقة فكان إلحاقه بقسام الشرائط على ما ذكرنا أولى وأقرب إلى الصناعة والفتنة فكان أولى (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لأنه بمعنى الإجازة وأنها تبطل بموت أحد المتعاقدين وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعة هل يوجب بطلان الصلح فلا يخلو أما إن كان حيواناً كالعبد والدة أو غير حيوان كالدار والبيت فإن كان حيواناً لا يخلو أما إن هلك بنفسه أو باستهلاكه فإن هلك بنفسه يبطل الصلح إجماعاً وإن هلك باستهلاكه فلا يخلو من ثلاثة أوجه إما أن استهلكه أجنبي وإما أن استهلكه المدعي عليه وإما أن استهلكه المدعي فإن استهلكه أجنبي يبطل الصلح عند محمد وقال أبو يوسف لا يبطل ولكن للمدعي الخيار إن شاء نقض الصلح وإن شاء اشترى له بقيمته عبداً يخدمه إلى المدة المضروبة (وجه) قول محمد أن الصلح على المنفعة بمنزلة الإجازة لأن الإجازة تملك المنفعة بعوض وقد وجد ولهذا ملك الإجازة العبد من غيره بمنزلة المستأجر في باب الإجازة والالإجازة تبطل بهلاك المستأجر سواء هلك بنفسه أو باستهلاكه كذا هذا (وجه) قول أبي يوسف أن هذا صلح فيه معنى الإجازة وكان معنى المعاوضة لازماً في الإجازة فمعنى استيفاء عين الحق أصل في الصلح فيجب اعتباره جميعاً ما أمكن ومعلوم أنه لا يمكن استيفاء الحق من المنفعة لأنها ليست من جنس المدعي فيجب تحقيق معنى الاستيفاء من محل المنفعة وهو الرقبة ولا يمكن ذلك إلا بعد ثبوت الملك له فيها فتجعل كأنها ملكه في حق استيفاء حقه منها وبعد القتل إن تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له أن يستوفي من البديل إن يشترى له عبداً فيخدمه إلى

المدة المشروطة وله حق القبض أيضاً لتعذر محل الاستيفاء وإن استهلكه المدعي عليه بان قتله أو كان عبداً فأعتقه يبطل الصلح أيضاً وقيل هذا قول محمد فأما على أصل أبي يوسف فلا يبطل وإن لم يمتد القيمة ليشتري له بها عبداً آخر يخدمه إلى المدة المشروطة كما إذا قتله أجنبي وكأثره إن أقتل العبد المهرهون أو أعتقه وهذا لأن رقبة العبد وإن كانت مملوكة للمدعي عليه لكنها مشغولة بحق الغير وهو المدعي لتعلق حقه بها فتجب رعايتها جميعاً بتنفيذ العتق ويضمن القيمة كافي الرهن وكذا لو استهلكه المدعي بطل الصلح عند محمد وعند أبي يوسف لا يبطل وتؤخذ من المدعي قيمة العبد أو يشتري عبداً آخر يخدمه وهل ثبت الخيار للمدعي في نقض الصلح على مذهبه فيه نظر هذا إذا كان الصلح على منافع الحيوان فإما إذا كان على سكين بيت فملك بنفسه بان أهدم أو باستهلاكه بان هدمه غيره لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكين وهو المدعي الخيار إن شاء بناءً على صاحب البيت يتأخر يسكنه إلى المدة المضروبة وإن شاء نقض الصلح ولا يبعد هنا خلاف محمد لأن إجازة العبد تبطل بموته بالاجماع وإجازة الدار لا تبطل بانهدامها ولصاحب الدار أن يبنها مرة أخرى في بعض إشارات الروايات عن أصحابنا على ما مر في الإجازات ولو تصالح عن أنكار المدعي عليه على مال ثم أقر المدعي عليه بعد الصلح لا ينسخ الصلح لأن الإقرار مبين أن الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان مقرراً للصلح لا مبطلاً له ولو أقر المدعي البينة بعد الصلح لا تسمع بيته إلا إذا ظهر ببدل الصلح عيب وأنكر المدعي عليه فقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بيته وتبين أن للصلح الماضي حكم الصلح عن إقرار المدعي عليه فكل حكم ثبت في ذلك ثبت في هذا

**فصل** وأما بيان حكم الصلح إذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلاً فهو أن يرجع المدعي إلى أصل دعواه إن كان الصلح عن أنكار وإن كان عن إقرار فيرجع على المدعي عليه بالمدعي لا غير إلا أن في الصلح عن قصاص إذا لم يصح كان له أن يرجع على التآكل بالدية دون القصاص إلا أن يصير مفروراً من جهة المدعي عليه فيرجع عليه بضمان العرور أيضاً وبيان هذه الجملة أنهما إذا اتفقا على الصلح فيما سوى القصاص أو رد البديل بالعيب وخيار الرؤية بترجع المدعي بالمدعي إن كان عن إقرار وإن كان عن أنكار يرجع إلى دعواه لأن الإقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية يفسخ للعقد وإذا فسخ جعل كان لم يكن فعاد الأمر على ما كان من قبل وكذا إذا استحقق لأن بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لقوات شرط الصحة فكانه لم يوجد أصلاً فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة إلا أن في الصلح عن القصاص عن إقرار لا يرجع بالمدعي وإن فات شرط الصحة لأن صورة الصلح أو رثت شبهة في درء القصاص والقصاص لا يستوفي مع الشبهة فسقط لكن إلى بدل وهو الدية فإما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيمكن استيفاءه مع الشبهة فأمكن الرجوع بالمدعي ولا يرجع بشيء آخر إلا إذا صار مفروراً من جهة المدعي عليه فيرجع عليه بضمان العرور واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة فإنه يرجع على المدعي عليه بالمدعي وبما ضمن من قيمة الولد إن كان الصلح عن إقرار لا نه صار مفروراً من جهة المدعي عليه فأنكر يرجع إلى دعواه لا غير فإن أقام البينة على محبة دعواه أو حلف المدعي عليه فنكل حينئذ يرجع بما دعي وقيمة الولد لأنه تبين أنه كان مفروراً فيرجع عليه بضمان العرور ولا يرجع بالعقر في نوع الصلح لأن العقر بدل لمنفعة المستوفي فكان عليه العقر وإن كان الصلح عن القصاص في النفس أو ماله أو غيرها فاستولدها ثم استحققت فإنه يرجع على المدعي عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الدان كان الصلح عن إقرار ولا يرجع بالعقر لما ذكرنا وإن كان الصلح عن أنكار يرجع إلى دعواه لا غير فإن أقام البينة أو حلف المدعي عليه فنكل يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد لما قلنا وإن حلف لا يرجع بشيء أو صالح المتوسط على عبد معين فاستحق العبد أو وجد به عيباً فرده حتى يبطل الصلح لا سبيل للمدعي على المتوسط ولكنه يرجع بالمدعي إن كان الصلح عن إقرار وإن كان عن أنكار يرجع إلى دعواه لأن المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين ولو صالح على درهم مائة وضمنها



ودفعها اليه ثم استحققت أو وجدها زبوا فأنه يرجع على المصالح المتوسطة لانه بالضمان الزم تسليم الجارية وسلامة المضمون ولو استحققت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن انكار كان للمدعي عليه أن يرجع بمادفع (أما) في موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض في حقهما جميعاً (وأما) في موضع الانكار فلا بد من المأخوذ عوض في حق المدعي عن المدعي عليه وقد فات بالاستحقاق فيجب عليه رد عوضه هذا اذا استحق كل الدار فاما اذا استحق بعضها فان كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لقوات بعض ما هو عوض عن المستحق وان كان ادعى فيها حقاً لم يرجع بشئ لجواز أن يكون المدعي ما وراء المستحق واذا بطل الصلح على المنافع يموت أحد المتعاقدين وغير ذلك في أثناء المدة فان كان الصلح عن اقرار يرجع بالمدعي بقدر ما لم يستوف من المنفعة وان كان عن انكار يرجع الى الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة ولو صلح عن القصاص على دن من خمر فاذا هو دخل أو على عبد فاذا هو حر فهو على الاختلاف الذي عرف في باب النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك يجب الدية هنا وفيما يجب القيمة لرجل مثله هناك يجب ذاك هنا ولا يشبه هذا اذا صلح عن القصاص على خمر وهو يعلم بأنه خمر أنه لا يجب شئ وهو هنا يجب شئ لان هناك صار مفروراً من جهة المدعي عليه بتسمية العبد والخل وكل من غره فيه شئ يكون ملتزماً بما يلحقه من العهدة فيه فاذا ظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الغرور لا يتقدر عند علمه بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مسقط للحق أصلاً فهو الفرق بين الامرين والله عز وجل أعلم

### كتاب الشركة

الشركة في الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك نوعان نوع ثبت بفعل الشريكين ونوع ثبت بغير فعلهما (أما) الذي ثبت بفعلهما فتجوز أن يشتر ياشياً أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلان فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) الذي ثبت بغير فعلهما فالمرات بان ورثاً شيئاً فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) شركة العقود فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه وفي بيان شرائط ركنه وفي بيان حكم الشركة وفي بيان صفة عقد الشركة وفي بيان ما يبطل العقد أما الاول فشركة العقود أنواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال ونسعى شركة الابدان وشركة الصانع وشركة بالتقبل وشركة بالوجوه (أما) الاول وهو الشركة بالاموال فهو أن يشترك اثنان في رأس مال فيقولان اشتركنا فيه على أن نشترى ونبيع معاً أو شتى أو أطلقا على أن مارزق الله عز وجل من ربح فهو بينهما على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكرا الشراء دون البيع فان ذكرا ما يدل على شركة العقود بان قالوا ما اشترى بنا فهو بينهما أو ما اشترى أحدهما من تجارة فهو بينهما لا يشترى أحدهما ما اشترى كل واحد منهما علم انهما أراد به الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يוכל موكله عادة واذا لم يكن وكالة لا تقف محتمة على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شئ من ذلك ان لم يذكر الشراء ولا البيع ولا ما يدل على شركة العقود بان قال رجل لغيره ما اشترى من شئ فبيني وبينك أو قال فبيننا وقال الآخر نعم فان أراد بذلك أن يكونا بمعنى شريكي التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشتري ونوعه وقدر الثمن كما اذا نصا على الشراء والبيع وان أراد به أن يكون المشتري بينهما خاصة بعينه ولا يكونا بمعنى كشريكي التجارة بل يكون المشتري بينهما بعينه كما اذا أورتا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشتري وبيان نوعه أو مقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي أن لا يفوض الموكل الرأي الى الوكيل بان يقول ما اشترى من شئ من عبد تركي أو جارية رومية فهو جائز أو ما اشترى من شئ من عبد أجنبي بالف درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشتري في الوكالة العامة بان يقول ما اشترى من شئ من شئ اليوم

أو شهر كذا أو سنة كذا فهو جائز أو قال ما اشترى من شئ بالف درهم فهو جائز أو ما اشترى من شئ من الزواجر فهو جائز وانما كان كذلك لان مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا بد من التية فان توباه الشركة كان شركة في عموم التجارات لان الاصل في الشركة العموم لان المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل الا بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شئ مما ذكرنا لان ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وان توباه الوكالة كان وكالة ويقتضيهما على شرائطها من الخاصة أو العامة لان مبنى الوكالة على الخصوص لان المقصود منها تلك العين لا تحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا الا أنه يكفي في الوكالة العامة بيان أحد الاشياء التي وصفنا لانها عممها بتقويض الرأي فيها الى الوكيل فتدشبه بالشركة فكان في احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة والخصوص أصل في الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فان أتى بشئ مما ذكرنا جازت والا بطلت قال بشر سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لرجل ما اشترى اليوم من شئ فبيني وبينك نصفين فقال الرجل نعم فان أبا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وكذلك قال أبو يوسف وكذلك ان وقت مالا ولم يوقت يوماً وكذا ان وقت صنفاً من الثياب وسمى عدداً أو لم يسم تناولا يوماً وان قال ما اشترى من شئ فبيني وبينك ولم يسم شيئاً مما ذكرنا فان أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا أنه لما يذكر البيع ولا ما يدل على شركة العقود علم انها وكالة فلا تصح الا بضرب من التخصيص على ما بينا وذكرنا في الاصل في رجلين اشترى كذا بغير مال على أن ما اشترى اليوم فهو بينهما خصصا صنفاً من الاصناف أو عملاً ونحوها فهو جائز وكذلك ان لم يوقت للشركة وقتاً كان هذا جائز لانها مما جعل ما يشترى به كل واحد منهما ادا على انها شركة وليست بوكالة لان الوكالة لا تكون من الجانبين عادة واذا كان شركة فالشركة لا تحتاج الى التخصيص قال وان أشهد أحدهما أن ما يشترى به لنفسه بغير محضر من صاحبه فكما اشترى ياشياً فهو بينهما لان الشركة لا تحت كل واحد منهما وكيل الا خرفاً يشترى به فهو بالاشهاد انه يشترى لنفسه يرد اخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك (وأما) الشركة بالاعمال فهو أن يشتركا على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما فيقولان اشترى كذا على أن نعمل فيه على أن مارزق الله عز وجل من أجره فبيني وبيننا على شرط كذا (وأما) الشركة بالوجوه فهو أن يشتركا وليس لهما مال لكن لهما واجهة عند الناس فيقولان اشترى كذا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالتقدي على أن مارزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بينهما على شرط كذا أو سمي هذا النوع شركة بالوجوه لانه لا يبيع بالنسيئة الا الوجه من الناس عادة ويحتمل انه سمي بذلك لان كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظر ان من يبيعهما بالنسيئة ويدخل في كل واحد من الانواع الثلاثة العنان والمفاوضة ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة تذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى

فصل في بيان جواز هذه الانواع الثلاثة فقد قال أصحابنا انها جائزة عتانا كانت أو مفاوضة وقال الشافعي رحمه الله شركة الاعمال والوجوه لا جواز لها أصلاً ورأساً (وأما) شركة الاموال فتجوز فيها العنان ولا تجوز فيها المفاوضة وقال مالك رحمه الله لا عرف المفاوضة وقيل في اشتقاق العنان انه مأخوذ من العن وهو الاعراض يقال عن لي أي اعترض وظهر قال امرؤ القيس

فعن لنا شرب كأن نعاوجه \* عذارى دوار في ملاء مدبل

سمى هذا النوع مثل الشركة عتانا لانه يقع على حسب ما يعين لها في كل التجارات أو في بعضها دون بعض وعند تساوى المالين أو تقاضيلهما وقيل هو مأخوذ من عتانا القرس أن يكون باحدى يديه ويده الاخرى مطلقة يفعل بها ما يشاء فسمى هذا النوع من الشركة له عتانا لانه لا يكون الا في بعض الاموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف يشاء أولان كل واحد منهما جعل عتانا التصرف في المال المشترك لصاحبه وكان أهل الجاهلية يتماطون هذه الشركة قال النابغة



وشاركنا قر يشاق بهاها وفي احسانها شرك العنان

(وأما) المفاوضة فقد قيل انها المساواة في اللغة قال القائل وهو تعبدى

يهدى الامور بأهل الرأي ما صلحت \* فان نولت فلا شرار منها

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم \* ولا سراة اذا جهلهم سادوا

سمى هذا النوع من الشركة مفاوضة لا اعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك على ما ذكره وقيل هي من التفويض لأن كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه على كل حال (وأما) الكلام في شركة الأعمال والوجوه (فوجه) قول الشافعي رحمه الله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لأنها وضعت لاستثناء المال بالتجارة لأن نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء الى التجارة مختلفون بعضهم أهدي من البعض فسرعت الشركة لتحصيل غرض الاستثناء ولا بد من أصل يستنبى به بوجود هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز (ولنا) ان الناس يتعاملون بهذين النوعين في سائر الاعصار ومن غير انكار عليهم من أحد وقال عليه الصلاة والسلام لا يجتمع أمتي على ضلالة ولا يهاشمتان على الوكالة والوكالة جائزة والمشتمل على الجائز جائز وقوله ان الشركة شرعت لاستثناء المال فيستدعي أصلاً يستنبى فتقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال وأما الشركة بالأعمال أو بالوجوه فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة الى تحصيل أصل المال فوق الحاجة الى تنمية فها شرعت لتحصيل الوصف فلا ن شرع لتحصيل الأصل أولى (وأما) الكلام في الشركة بالاموال فأما العنان فجائز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير تكبر وماراه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ولما روى أن أسامة بن زيد جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفني فقال عليه الصلاة والسلام وكيف لا أعرفك وكنت شريكاً ونعم الشريك لا تدارى ولا تمارى وأدنى ما يستدل بفعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرير أحد وجوه السنة ولأن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استثناء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستثناء فكان مشروعا ولا نه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة باجماع (وأما) المفاوضة (فأما) قول مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة فان عني به لا أعرف معناها في اللغة فقد بينا معناها في اللغة انها عبارة عن المساواة وان عني به لا أعرف جوازها فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام تفاوضوا فانه أعظم للبركة ولا نهامشتملة على أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة لأن كل واحدة منهما جائزة حال الافراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان ولا نه طريق استثناء المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة مجهول وانها غير صحيحة حالة الافراد فكذا التي تتضمنها المفاوضة ودليلنا على الجواز ما ذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجهول فنعم لكن هذا النوع من الجهالة في عقد الشركة غفوان لم يكن غفوا حالة الافراد كما في شركة العنان فانها تشتمل على الوكالة العامة وان كان لا يصح هذا التوكيل حالة الافراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الافراد فكذا هذا وان كان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا العقد متصودا بل ضمنا للشركة وقد ثبتت الشيء ضمنا وان كان لا يثبت قصد او يشترط للثابت متصودا اما لا يشترط للثابت ضمنا وتبعاً كقول الوكيل ونحو ذلك

﴿فصل﴾ وأما بيان شرائط جواز هذه الأنواع فليجوزها شرائط بعضها يعم الأنواع كلها وبعضها يخص البعض دون البعض (أما) الشرائط العامة فأنواع (منها) أهلية الوكالة لأن الوكالة لازمة في الكل وهي أن يصير كل واحد

منهم وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الأعمال لأن كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الأعمال فتنتفى عند الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيها أهلية الوكيل لمساعدته في كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوماً قدره فان كان مجهولاً فسد العقد لأن الربح هو المقنود عليه وجهه لانه يوجب فساد العقد كافي للبيع والاحارة (ومنها) أن يكون الربح جزءاً من الثمن في الجملة لا معيناً فان عيناً عشرة أوقية أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لأن العقد ينتفى بتحقيق الشركة في الربح والتمتعين يقطع الشركة جوازاً أن لا يحصل من الربح الا القدر المعين لا حصة فلا يتحقق الشركة في الربح (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فيختلف (أما) الشركة بالاموال فلها شروط (منها) أن يكون رأس المال من الأثمان المطلقة وهي التي لا تتعين بالتعيين في المفاوضات على كل حال وهي الدراهم والدنانير عناناً كانت الشركة أو مفاوضة عند عامة العامة فلا تصح الشركة في العروض وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الشركة في العروض والصحيح قول العامة لأن معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التي تتضمنها الشركة لا تصح في العروض وتصح في الدراهم والدنانير فان من قال لغيره مع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز وإذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو قال له اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشترته بيننا جاز ولأن الشركة في العروض تؤدي الى جهالة الربح عند القسمة لأن رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لأنها تعرف بالخزر والظن فيصير الربح مجهولاً فيؤدي الى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير لأن رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها فلا يؤدي الى جهالة الربح ولأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن والشركة في العروض تؤدي الى ربح ما لم يضمن لأن العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشترى شيئاً عرض بعينه فملك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئاً آخر لأن العروض تتعين بالتعيين فيبطل البيع فاذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدي الى ربح ما لم يضمن وانه منهي بخلاف الدراهم والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لا تتعين بالتعيين فالشركة فيها لا تؤدي الى ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة في جواز الشركة في العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله نصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بالاخلاف ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر عرض فاحيلة في جوازها أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه نصف دراهم صاحبه ويتقاضوا بخلط جميعا حتى يصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبرع فيلحق ببيع رأس مال الشركة ذكر في كتاب الشركة وجعله كالعرض وفي كتاب الصرف جعله كالأثمان المطلقة لانه قال فيه اذا اشترى به فملك لا ينسخ العقد والا امر فيه موكول الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الأثمان المطلقة فتجوز الشركة بها وان كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ولا تجوز فيها الشركة (وأما) القلوس فان كانت كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لانها عروض وان كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تجوز والكلام فيها مبني على أصل وهو ان القلوس الرائجة ليست أثماناً على كل حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانها تتعين بالتعيين في الجملة وتصير مبيعاً باصلاح الماقدن حتى جاز بيع القلوس بالقلسين باعيانها عندهما فاما اذا لم تكن أثماناً مطلقة لا حتمها لتعيين بالتعيين في الجملة في عقود المفاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض وعند محمد الثمنية لازمة للقلوس النافقة فكانت من الأثمان المطلقة ولهذا أي جواز بيع الواحد منهما بالثمنين فتصلح رأس مال الشركة كسائر الأثمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبي يوسف انه تجوز الشركة بالقلوس ولا تجوز المضاربة ووجهه ان المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين رأس المال عند القسمة فاذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لأنها تعرف بالخزر والظن وهذا المعنى لا يوجد



في الشركة لانهما عند الكساد يأخذان رأس المال عدد الأقيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالكيلات والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة والعدديات المتقاربة التي لا تتفاوت فلا يجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لأنها انما تعين بالتعيين اذا كانت عينا فكانت كالعروض ولأن الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط ألا يرى انه لو قال آخر قبل الخلط بع حنطتك على أن يكون ثمنها يمتثل بحيز وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد وأما بعد الخلط فان كانت الشركة في جنسين يمتثلين لا يجوز في قولهم جميعا لأن الخلطة اذا خلطت بالشعر خرجت من أن تكون ثمن دليل ان مسهل كبا يضمن قيمتها لا مثلها وان كانت من جنس واحد فكذلك عند أبي يوسف لا تصح وانما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تظهر فيها اذا كان المسكيل نصفين وشرطا الرجح أن لا تأخذ طاه واشترى به فعلى قول أبي يوسف الرجح بينهما على قدر المالين نصفين وعلى قول محمد على ما شرط فقول أبي يوسف مطرد على الأصل الذي ذكرنا ان الكيلات والموزونات والمدودات المتقاربة ليست أثمانا على كل حال بل تكون نارة متواترة مبيعا لهما تعين بالتعيين في الجملة فكانت كالسلوس (ووجه) التخرج لمحمدان معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدراهم والدنانير بخلاف ما قبل الخلط لأن الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط والحيطة في جواز الشركة بالكيلات وسائر الموزونات والعدديات المتقاربة على قول أبي يوسف أن يخلط حتى تصير شركة ملك بينهما ثم يعقد عليها عقد الشركة فيجوز عنده أيضا (ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضر الاديان ولا مالا غائبا فان كان لا يجوز عنانا كانت أم مفوضة لأن المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود وانما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لأن عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع إلى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتر بها وبع فارجحت يكون بيننا فاقام المأمور البيعة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضر من الجانبين عند العقد لما كان حاضر عند الشراء وهل يشترط خلط المالين وهو خلط الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط به أخذ الشافعي رحمه الله وعلى هذا الأصل يبنى ما اذا كان المالان من جنسين بان كان لأحدهما دراهم والأخر دنانير ان الشركة جائزة عندنا خلافا لهما وكذلك اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصالح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما بيضاء والأخر سوداء وعلة ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروى عن زفر ان الخلط شرط في المفاوضة لا في العنان ولكن الطحاوي ذكر انه شرط فيهما عند زفر (وجه) قوله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة ولأن من أحكام الشركة ان الهلاك يكون من المالين وما هلك قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة (ولنا) ان الشركة تشتمل على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة تنبئ عن الاختلاط فسلم لكن على اختلاف رأسي المال أو على اختلاف الربح فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لا اختلاف الربح لا اختلاف رأس المال واختلاط الربح يوجد وان اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لأن الزيادة هي الربح تحدث على الشركة (وأما) ما هلك من أحد المالين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لأن الشركة لا تتم الا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء بأحدهما كان الهالك من المالين جميعا لأنه هلك بعد تمام العقد (وأما) تسليم رأس مال كل واحد منهما إلى صاحبه وهو التولية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمفاوضة جميعا وأنه شرط لصحة المضاربة والفرق بينهما يذكر في كتاب المضاربة (ومنها) ما هو مختص بالمفاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة بان يكونا حرين عاقلين لأن من أحكام المفاوضة ان كل ما يلزم لأحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم

الآخر

الآخر يكون كل واحد منهما فاما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لما نذر كرفلا بمن أهلية الكفالة وشرائط أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة في رأس المال قدر اموه شرط صحة المفاوضة بلا خلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدر الم تمكن مفاوضة لأن المفاوضة تنبئ عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن وكذا قيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما مخا حوالا آخر مكسرة أو كان أحدهما ألقابيا والآخر ألقاسوداء أو بينهما فضل قيمة في الصرف لم يخر المفاوضة في الرواية المشهورة لأن زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا ثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد وروى اسمعيل بن حماد عن أبي يوسف ان إحدى الألقين اذا كانت أفضل من الأخرى جاز وكانت مفاوضة لأن الجودة في أموال الرابا قيمة لها شرعا عند ما يلبها بحسبها فستقط اعتبار الجودة فصار كأنهما على صفة واحدة وهل نشترط المجانسة في رأس المال بان يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لا نشترط حتى لو كان أحدهما دراهم والأخر دنانير جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعد ان استويا في القيمة ولا خلاف في انهما اذا لم يستويا في القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبي حنيفة عليه الرحمة انه لا تكون مفاوضة وان استويا في القيمة (وجه) هذه الرواية ان عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة لأن القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف القومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لانها من جنس الأثمان فكانت المجانسة ثابتة في القيمة (ومنها) أن لا يكون لأحد المتفاوضين ما تصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فان كان لم تكن مفاوضة لأن ذلك يمنع المساواة وان تفاضلا في الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لأن ما لا تعتقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الأرز واج والأولاد (ومنها) المساواة في الربح في المفاوضة فان شرط التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم في المفاوضة وهو أن يكون في جميع التجارات ولا يختص بأحد هاتين التجارة دون شريكهما في الاختصاص من ابطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة انه لا يجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمي لأن الذمي يختص بتجارة لا يجوز ذلك للمسلم وهي التجارة في الخمر والخمر يرفع مستويا في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبي يوسف يجوز لا يستويان في أهلية الوكالة والكفالة ويجوز مفاوضة الدمين لاستوائهما في التجارة (وأما) مفاوضة المسلم والمردد ذكر الكرخي انها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبي حنيفة رحمه الله ان تصرفات المرتد متوقفة عنده لوقوف أملا كة فلا يساوي المسلم في التصرف فلا يجوز كمالا يجوز بين المسلم والذمي وذكر محمد في الأصل وقال قياس قول أبي يوسف انه يجوز يعني قياس قوله في الذمي ولا يبي يوسف انه يفرق بينهما من حيث ان ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترى ان قاضيا لو قضى بطلاق نصرته وزوال ملكه ينفذ قضاؤه واذا كان ناقص الملك والتصرف نزل بمنزلة المكاتب بخلاف الذمي ولو فاض مسلم مرتدة ذكر الكرخي انها لا يجوز وقال القدوري رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد لأن الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما) أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع وانما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد في المرأة وأما مفاوضة المرتدين أو شركتهما مباشرة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة على ما أصله في عقود المرتد انها موقوفة فان أسلمها جاز عقدهما وان قتل على ردتها أو ماتا أو لحقها دار الحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة العنان جائزة لأن عتودهما نافذة (وأما) مفاوضتهما فقد ذكر القدوري رحمه الله وقال يبنى أن لا يجوز أما عند أبي يوسف فلان نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب وملكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد فلان المرتد عنه بمنزلة المرتد مرض الموت وكفالة المريض مرض الموت لا تصح الا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الإطلاق وان شارك مسلم مسلمانا ارتد أحدهما فقتل أو مات أو لحق دار الحرب بطلت الشركة وان رجع قبل ذلك فهما



على الشركة لانه اذا قتل أو مات أو خرب بدار الحرب زالت أملا كذا عند أبي حنيفة من حين اراد فكتة ما فطقت  
شركته وان أسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة ما سكن ولهذا قيل أبو حنيفة ان المرء مملوك اذا أقر فمسل لم يبرم  
اقراره شرية لان الملك يحكمز والممن وقت الردة قد أقر بدار الحرب الشركة (وأما) على قوله فمرد جازر على  
شريكه وكذا سبعة وشراؤه لان الشركة عند ما انحلت بالقتل أو بالخلاف فكتة ما فكتة قبل ذلك فقد نصرت فمرد جازر  
ويكره للمسلم ان يشارك الذي لانه يباشر عقود الانحياز في الاسلام فيحصل كسبه من ظهور فمرد فمرد وهذا كره  
توكيل المسلم الذي ولو شارك شركة عنان جازر كالأول (ومنها) لفظ المقايضة في شركة المقايضة كذا روى  
الحسن عن أبي حنيفة انه لا تصح شركة المقايضة الا بلفظ المقايضة وهو قول أبي يوسف ويحذف لان المقايضة شرائط  
لا يجمعها الا لفظ المقايضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والعوام قلما يفقهون على ذلك وهذه العقود في الاعمال الغالب  
تجرى بينهم فان كان العاقد من يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وان لم يذكر لفظها لان العبرة في العقود  
لما نيزا لعين الالتاظ وفي كل موضع فقد شرط من الشروط بالمقايضة كانت الشركة عنانا لان المقايضة تضمنت  
العنان وزيادة في بطلان المقايضة لا يوجب بطلان العنان ولان فقد شرط في عندنا بما يوجب بطلانها اذا كان العتد  
ما يقف محته عليه ولا يقف صحة العنان على هذه الشرائط فقد انما لا يوجب بطلانها (وأما) شركة العنان فلا يراعى لها  
شرائط المقايضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبي المأذون والعبد المأذون  
والمكاتب ولا المساواة بين رأس المال فيجوز ميع تقاض الشريكين في رأس المال ومع أن يكون لأحدهما مال آخر  
يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذي شاركه صاحبه فيه ولا أن يكون في عموم التجارات بل يجوز عام وهو أن  
يشتر كافي عموم التجارات وخاصة هو أن يشتر كافي شيء خاص كالبر والخز والقيق والنياب ونحو ذلك لان اعتبار  
هذه الشرائط في المقايضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظ المقايضة لان اعتبارها  
في المقايضة لدلالة اللفظ على شرائط مختصة بالمقايضة ولم يشترط في العنان فلا حاجة الى لفظ المقايضة ولا الى لفظ العنان  
أيضا لان كل أحد يقدر على لفظ يؤدي معناه بخلاف المقايضة ولا المساواة في الربح فيجوز متفاضلا ومتساويا ما قلنا  
والاصل ان الربح انما يستحق عندنا اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان أما بثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر لان الربح  
نماء رأس المال فيكون للمالك ولهذا يستحق رب المال الربح في المضارب واما بالعمل فان المضارب يستحق الربح بعمله  
فكذا الشريك واما بالضمان فان المال اذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان  
خارجا بضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام اخرج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراج له والدليل عليه ان  
صانعنا تقبل عملا بأجر ثم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل  
الا الضمان فثبت ان كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فان لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق دليل ان من  
قال لغيره تصرف في ملكك على ان لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيئا من الربح لانه لا مال ولا عمل ولا ضمان اذا  
عرف هذا فتقول اذا شرط الربح على قدر المالكين متساويا أو متفاضلا فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط  
سواء شرط العمل عليهما أو على أحدهما والوضعية على قدر المالكين متساويا أو متفاضلا لان الوضعية اسم لجزءها لك  
من المال فيقدر بقدر المال وان كان المالان متساويين فشرط أحدهما فضلا على ربح ينظر ان شرط العمل عليهما  
جميعا جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن يشترط لأحدهما أكثر من ربح ماله  
وبه أخذ الشافعي رحمه الله ولا خلاف في شركة المالك ان الزيادة فيها تكون على قدر المال حتى لو شرط الشريك ان يكون  
ملك ماشية لأحدهما فضلا من أولادها وألبانها لم تجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل وهو ان الربح  
عنده لا يستحق الا بالمال لانه نماء الملك فيكون على قدر المال كالأولاد والالبان (وأما) عندنا فالربح تارة يستحق  
بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بينا وسواء عملا أو عمل أحد ما دون الآخر فالربح بينهما يكون على

الشرط لان استحقاق الربح في الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب اذا استعان برب  
المال استحق الربح وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضعية على قدر المالكين ما قلنا وان شرط  
العمل على أحدهما فان شرطه على الذي شرطه فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله  
بماله والفضل بعمله وان شرطه على أقلهما ربحا لم يجز لان الذي شرطه الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا  
ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا بأحد هذه الاشياء الثلاثة وان كان المالان متفاضلين وشرط التساوي في الربح  
فهو على هذا الخلاف ان ذلك جاز عند أصحابنا الثلاثة اذا شرط العمل عليهما وكان زيادة الربح لأحدهما على قدر رأس  
ماله بعمله وان جاز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالكين عنده وان شرط العمل  
على أحدهما فان شرطه على الذي رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بالفضل بعمله وان شرطه على  
صاحب الاكثر لم يجز لان زيادة الربح في حق صاحب الاقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان (وأما) العلم بمقدار رأس  
المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالأموال عندنا وعند الشافعي رحمه الله شرط (وجه) قوله ان جهالة قدر  
رأس المال تؤدي الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط لجواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطا (ولنا)  
ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا فضائها الى المنازعة وجهالة رأس المال وقت العقد لا تقضي الى المنازعة لانه يعلم  
مقداره ظاهر او غالبا لان الدراهم والدنانير تو زان وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدي الى جهالة مقدار الربح وقت  
التسمة (وأما) الشركة بالاعمال فاما المقايضة منها (فن) شرائطها أهلية الكفالة (ومنها) التساوي في الاجر (ومنها)  
مراعاة لفظ المقايضة لما ذكرنا في الشركة بالأموال اما العنان منها فلا يشترط لها شيء من ذلك وانما تشترط أهلية التوكيل  
فقط كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال ما يجوز فيه الو كالة يجوز فيه الشركة وما لا يجوز فيه الو كالة  
لا يجوز فيه الشركة وعلى هذا يخرج الشركة بالاعمال في المباحات من الصيد والخطب والحشيش في البراري وما يكون  
في الجبال من الثمار وما يكون في الارض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشتر كافي أن يصيد أو يحطبا أو يحششا أو  
يستقيا الماء ويبيعه ان على ان مأصا من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الو كالة لا تنعقد على هذا الوجه ألا  
تري انه لو وكل رجلا ليعمل له شيئا من ذلك لا تصح الو كالة كذا الشركة فان تشاركوا فخذ كل واحد منهما شيئا من  
ذلك منفردا كان المأخوذ ملكا لان سبب ثبوت الملك في المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما منفرد  
بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذاه جميعا كان المأخوذ بينهما نصيبين لاستوائهما في سبب الاستحقاق  
فيستويان في الاستحقاق فان أخذ كل واحد منهما على انفراد ثم خلطاه وباعه فان كان مما يكال أو يوزن يقسم  
الثلث بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثلث بينهما بالقيمة يضرب كل واحد منهما  
بقيمة الذي له لان المكيل والموزون من الاشياء المتماثلة فتمكن قسمة الثلث بينهما على قدر الكيل والوزن فاما غير  
المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثلث على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن  
والقيمة يصدق كل واحد منهما بما يدعيه الى النصف من ذلك مع اليمين على دعوى صاحبه لان الشيء في أيديهما  
والدليل للملك من حيث الظاهر والتساوي في دليل الملك بوجوب التساوي في الملك فان ادعى أكثر من النصف  
لا يقبل قوله الا ببينة فان عمل أحدهما وأعان الآخر في عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شيء للمعين لوجود  
السبب من العامل دون المعين وللمعين أجر مثله لا يجاوز به قدر المسمى له من النصف والثلث ونحو ذلك في قول أبي  
يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغ (اما) وجوب أجر المثل للمعين فلانه استوفى منفعة بعقد فاسد وانه وجب  
أجر المثل ثم قال أبو يوسف لا يجاوز به قيمة مسمى وقاسه على سائر الاجارات القاسدة لانه لا يزاد على المسمى  
هناك كذا هذا هنا والجامع بينهما انه رضي بانه لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق وصار كمن قال لرجل يع هذا  
الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا وافرقت محمد بين هذا وبين سائر



الاجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضا به اسقاطا لما زاد عليه والمسمى هناليس  
معلوم بل هو معدوم لانه مسمى الان نصف الخطب أو ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مستقلة  
الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضارب بالفاسدة اذا ربح المضارب فيها ان له أجر مثله  
لا يتجاوز به المسمى من الربح في قول أبي يوسف وان لم يكن له ربح فلا شيء له وعند محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ ربح أو لم  
يربح وستأتي المسئلة في كتاب المضاربة ولو ان رجلا اجلس في دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس  
ان لا تجوز هذه الشركة لانها شركة العر وض لان من أحدهما العمل ومن الآخر الخانوت والخانوت من العر وض  
وشركة العر وض غير جائزة وفي الاستحسان جائزة لان هذه شركة الاعمال لانها شركة التقبل وتقبل العمل من  
صاحب الخانوت عمل وشركة الاعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه  
جائزة بان يوكل خياط أو قصار أو كيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل  
وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسله جميعا كان مأصبا بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق ولو كان  
الكلب لاحدهما وكان في يده فارسله جميعا فأصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان ارسال الاجنبي لا عبرة به مع  
ارسال المالك فكان ملحقا بالعدم كان المالك أرسله وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما  
كلبه فأصابا صيدا أو أحدا كان بينهما نصيبين لانهما تساوى في سبب الاستحقاق وان أصاب كلب كل واحد منهما  
صيدا على حدة كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاختص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشترك رجلان ولا حدهما بفعل  
وللاخر بغيره على أن يؤجر اذ لك فارزق الله تعالى من شيء فهو بينهما فاجراهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل  
معلوم ان هذه الشركة فاسدة ويقسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة  
على هذا الوجه لا تصح ألا ترى ان من قال لا آخر أجر بغيره على أن تكون الاجرة بينهما لا تصح الوكالة كذا الشركة  
ولان الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعهما أو أما قسمة الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر  
البعير فلان الشركة اذا فسدت فلا جارة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة تبدل معلوم ومن حكم الاجرة أن تقسم  
على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وان لم يؤجر البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة تبدل  
معلوم فحملا حمولة على ذلك فالاجر بينهما نصيبين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد بمنزلة  
عمل الخياطة والقصارة فكان البدل بينهما على قدر الضمان وقد تساوى في الضمان في تساوى في الاجرة ولا عبرة بزيادة  
حمل البعير على البغل كذا لا عبرة بكثره عمل أحد الشر يكتفي في شركة الصنائع لان البدل يقابل الضمان والبغل والبعير  
هنا آلة لافاء العمل ولو أجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا اذا أجر البغل بعينه كانت  
الاجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير لان العقد وقع على منافع البعير والبغل باذن مالكهما فكانت الاجرة له فان  
كان الآخر أعانه على الحمولة والنقلان كان للذي أعانه أجر مثله لانه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد ثم عند أبي  
يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر به في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ على ما ذكرنا في  
شركة الاحتطاب قصاران لا حدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعمل بأداة هذا في بيت هذا على أن  
الكسب بينهما نصفان كان ذلك جائزا وكذلك الصاغة والخياطون والصباغون لان الاجر هنا بدل عن العمل لا عن  
الآلة وقد صار العمل مضمونا عليهما فكان بدلهما وكان أحدهما معينا للآخر بنصف الآلة والآخر معينا له  
بنصف الدكان وهو نظير المسئلة المتقدمة وهي ان يتقبلا حمولة ويحملاها على دابتهما ولو اشتركا ولا حدهما دابة  
وللاخر كاف وجوانقان على أن يؤجر الدابة على أن أجرهما بينهما نصيبين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة  
لصاحبها وللآخر معه أجر مثله في قولهم جميعا اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة  
واما الاجر فلا بد من بدل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الآخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلهما

ولو دفع دابة الى رجل ليؤجرها على أن الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللآخر أجر مثله  
وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد  
على ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعها بعقد فاسد ولو كان دفع اليه الدابة ليبيع  
عليها الطعام على أن الربح بينهما نصفان كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلهما وكذا البيت  
لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة  
اتفاق العمل ويجوز ان اتفقت اعمالها أو اختلفت كالحياطة مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا وقال زفر لا تجوز  
هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالقصارين والخياطين بناء على أن الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا  
بالعلمين المختلفين وعندنا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعلمين المختلفين والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر في  
هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالوجه  
في شرط المفاوضة منها أن يكونا من أهل الكفالة (ومنها) أن يكون الثمن مشترك على كل واحد منهما  
نصفه وان يكون المشتري بينهما نصيبين وان يكون الربح بينهما نصيبين (ومنها) أن يتلفظا بلفظ المفاوضة فلفظنا فيها  
تقدم بنامه (وأما) شركة العنان منها فلا يشترط لها أهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشتري حتى لو اشتركا  
بوجوههما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصيبين أو أثلاثا أو أرباعا وكيف ما شرط على التساوى والتفاضل  
كان جائزا وضمان من المشتري بينهما على قدر ملكهما في المشتري والربح بينهما على قدر الضمان فان شرط لاحدهما  
فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما من المشتري لان الربح في هذه  
الشركة انما يستحق بالضمان فيقدر قدر الضمان فاذا شرط لاحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك  
فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا تجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز أن  
يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال  
معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لا آخر ادفع اليك ألقام مضاربة على أن تعمل فيها  
بالنصف ولم يعين الالف انه لا تجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل في مال معين

**فصل** وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فكما في النوعين جميعا واحد وهو ان كل واحد من الشريكين  
كانه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد  
منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو الترابية ولم يوجد شيء من ذلك وسواء كانت الشركة في العين أو الدين لما قلنا  
ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبد باعاهما بألف درهم أو ألف بينهما أقرضاهما أو استهلك الرجل عليهما  
شيأ قيمته ألف درهم أو ورثا دينارا لرجل واحد عليه فقبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فلا آخر أن يشاركه  
في أخذ منه نصف ما قبضه والا صل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد اذا قبض أحدهما شيأ  
منه فلا آخر أن يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل لاحدهما لكان ذلك قسمة  
الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح  
قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولي هذا الجانب  
لا يجوز زلا لعدم التمييز فاذا لم يصح في العين من غير تمييز في الدين أولى ولان القسمة فيها معنى التملك لان ما من  
جزأين الا واحد منهما ملكه والاخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه  
عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تملك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فجعل المقبوض من النصيبين جميعا  
لثلاث يؤدي الى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقباض أن يمنعه عنه بأن يقول أنا أعطيك  
مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منه وسواء كان



المقبوض مثل حقه أو أجود أو أردأ إذا كان أجود من حقه فلا يجوز له أن يبيع ما في قبضه من الجنس الواحد إلا ترى أن من عليه الردى إذا أعطى الجيد بحسب صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضاً عين الحق وإن كان أردأ فقبض الردى عن الجيد جائز لأنه من جنس حقه وما قبض الشرىك من شرىك يكون قدر ذلك للقبض ديناً على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما قبض أحدهما خمسة مائة فباع الشرىك فأخذ نصفها كان للقبض ما بقى له على الغريم وذلك مائة مائة وخمسون وتكون الشرىك باقية في الدين كما كانت لأنه لم يأخذ شرىك نصف المقبوض المتقضى قبضه في نصف ما قبض وبقى الباقي من دينه على حاله فإن أخرجه القابض عن يده بان وهبه أو باعه أو قضى ديناً عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فشرىك أن يضمه نصف ما قبض لأنه أنلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمه فإن لم يقبض أحد الشرىكين شيئاً ولكن أبرأ الغريم من حصته جازت البراءة ولا يضمن لشرىك شيء لأنه لم يقبض شيئاً من الدين بل أنلف حصته لا غير فلا يضمن فإن أبرأه أحدهما عن مائة درهم فخرج من الدين شيء اقتسمه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة أسهم لأن أحدهما أبرأ الغريم من مائة درهم بقى له من الدين أربع مائة وشرىك خمسة مائة فيضربان في قدر المقبوض بنسبة أسهم وكذلك إذا كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسما لأن القسمة تقع على قدر حقهما فإن اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينتقض إبرأؤه بعد القسمة شيئاً مما اقتسماه لأنهما اقتسما ومالكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض أحدهما شيئاً ولكن اشترى نصيبه بوجه من الغريم فشرىك أن يضمه نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب لأنه إنما اشترى الثوب بثلث في ذمة الغريم لا بماله في ذمة الغريم لأنه كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصاً بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل فإن اجتمعا جميعاً على الشرىك في الثوب فهو جائز لأنه قد وجب عليه نصف ثمنه فإذا سلم له نصفه بذلك ورضى شرىك به صار كأنه باع نصف الثوب منه فإن لم يشتر بحصته شيئاً ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شرىك بما قبض فإن القابض بالخيار أن شاء سلم إليه نصف الثوب وإن شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار في ذلك إلى القابض لأن الصلح لم يوجب شيئاً على المصالح لأنه عقد تبرع بمنزلة الهبة والبراءة بخلاف الشراء لأنه قبض ثوباً عن الدين المشترك فكان له أن يسلم نصفه إلى الشرىك وله أن يقول أنا أعطيك نصف حقتك من الدين لأنه لا حق لك فيما زاد على ذلك وللشرىك في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشرىك ما قبضه ويرجع بدينه على الغريم لأن من حجته أن يقول ديني قد ثبت عليك بعقد المدانية فتسليمك إلى غيري لا يسقط مالي في ذمتك فإن سلم للشرىك ما قبض ثم توى الذي على الغريم فله أن يرجع على الشرىك ويكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم فيما إذا لم يسلم لأحدهما واحداً وهو أنه إذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه مثلها لأن المقبوض في الأصل كان عن حق مشترك وإنما سلم به الشرىك المقبوض للقبض ليس له ما في ذمة الغريم فإذا لم يسلم بقى حقه في المقبوض كما كان إلا أنه ليس له في هذا الوجه أن يرجع إلى عين تلك الدراهم لأنه أسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز ملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وإنما تجد له ضمان آخر بتوابعه فثبت ذلك في ذمة القابض كسائر الديون فإن أخر أحدهما نصيبه لم يحجز تأخيره في قول أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عند أبي يوسف وعمر ولا خلاف في أنه لا يجوز تأخيره في نصيب شرىك لأنه لم يملكه ولا تولى هذا العقد فيه وإنما في نصيب شرىك فهو على الخلاف (وجه) قولهما أن نصيبه مملوك فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه استقاطاً بالبراءة فالتأخير أولى لأنه دونه ولا في حنيفة رحمه الله أن تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وإنما غير جائزة والدليل على أن التأخير قسمة الدين أنه وجد أثر القسمة وهو أن شراد كل واحد من الشرىكين بنصيبه على وجه لا يكون إلا خرفيه

حق وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لأنه لا يحتمل معنى القسمة وهو التميز إذ هو اسم للفعل أو لم يحكم في الذمة بخلاف البراءة فإنه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو أن لا ف لنصيبه فإن قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير ليس تصرف في الدين بل في المطالبة لا إسقاط فاجواب أن التأخير تصرف في الدين والمطالبة جميعاً لأنه بوجوب تميز الدين عما كان عليه لأن الدين قبله كان على صفة لو قبض أحدهما نصيبه كان للآخر أن يشارك فيه وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة مادام الأجل قائماً ففرغ على قولهما فقال إذا قبض الشرىك الذي لم يؤخر نصيبه لم يكن للذي أخر أن يشاركه فيما قبض حتى يحل دينه فإن حل دينه فله أن يشاركه أن كان قائماً وإن كان مستهلكاً ضامناً صاحبه لأن الأجل منع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق في المقبوض فإذا حل صار كأنه لم يزل حالاً فثبت له الشرىك أن يقبض إلا آخر شيئاً حتى حل دين الذي أخره إلا ما رأى ما كان فقبض أحدهما من شيء يشاركه الآخر فيه لأن الدين لما حل فقد سقط الأجل فصار كما كان قبل التأجيل ولو كان الدين بين شرىكين على امرأة فز وجها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبي يوسف أن لشرىك أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وروى بشر عنه أيضاً أنه لا يرجع وهو رواية شامة عن أبي يوسف (وجه) الرواية الأولى أن النكاح أوجب المهر في ذمته وله في ذمته مثله فصار قصاصاً بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوباً بنصيبه من الدين (وجه) الرواية الأخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشرىك أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشرىك كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشرىكين الغريم بنصيبه فإن شرىك يرجع عليه في قولهم جميعاً لأن الأجرة في مقابلته بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشرىك فكان له أن يضمه وروى بشر عن أبي يوسف أن أحد الطالبين إذا اشج المطلوب موهبة عمد أفصاحه على حصته لا يلزمه شيء لشرىك لأنه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لأن الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما نصح المشاركة فيه فلا يلزمه شيء وأما إذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصاً بدينه أو اقترض منه شيئاً بقدر نصيبه من الدين فشرىك أن يرجع عليه لأن قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصاً بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كأنه استوفى حقه ولو كان وجب للمطوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصاً بما لا أحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشرىك لأنه ما استوفى الدين بل قضى ديناً كان عليه إذا أصل في الدينين إذا التقيا قصاصاً أن يصير الأول مقضياً بالثاني لأنه كان واجب القضاء قبل الثاني وإذا لم يكن مستوفياً للدين لم يكن له المشاركة إذا المشاركة ثبتت في القدر المستوفى وذكر ابن ساعدة في نوادره عن محمد بن أحمد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسة مائة درهم كان ذلك جائزاً وبرى من حصته القاتل من الدين وكان لشرىك القاتل أن يشاركه فيما أخذ منه نصف الخمسة مائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريم على خمسة مائة مرسلة أو استأجر الغريم بخمسة مائة مرسلة فرق بين هذا وبين ما إذا صالح على نفس الدين أو تزوج به (وجه) الفرق أن العقد هنا وهو الصلح والنكاح وقع على ما في الذمة وأنه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به فإن العقد هنا ما وقع على ما في الذمة مطلقاً إلا ترى أن العقد هنا كالأضياف إلى نفس الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم له أيضاً ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر على بن الجعد عن أبي يوسف أنه لو مات المطلوب وأحد الشرىكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتراكاً بالحصص لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والاجنبى سواء ولو أعطى المطلوب لأحدهما رهناً بخصمته فهلك الرهن عنده فشرىك أن يضمه لأن قبض الرهن قبض استيفاء وبهلاك الرهن يصير مستوفياً للدين حكماً فكان كالأستيفاء حقيقة ولو غصب أحد الشرىكين من



المطلوب عند أفادت عنده فليشركه أن يضمه لأنه صار ضامنا لثمة العبد من وقت الغصب فلهك المصوب من ذلك الوقت بقرى الظهور والاستناد ولو ذهبت إحدى عيني العبد بقرى الضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشئ لأنه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لأنه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شئ بخلاف نفس العبد لأنه مملوك بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرحون إذا ذهبت إحدى عينيه بأفة سماوية وكذا لو اشترى أحد الشريكين من الغريم عبد أبيهما فأسد أو قبضه فمات في يده أو باعه أو أعتقه أنه يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب ولو ذهبت عينه بأفة سماوية فده يضمن لشريكه شئاً ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عز وجل أعلم (وأما شركة العقود فمثلة الكلام فيها أنها لا تخلو من أن تكون فاسدة أو صحيحة أما الصحيحة فمما لا شركة بالأموال فبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لأحد شريكي العنان والمفاوضة أن يعمل في مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلا أحد شريكي العنان أن يبيع مال الشركة لأنهما يمتد الشركة اذن كل واحد صاحبه يبيع مال الشركة ولأن الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولأن غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما لا البيع والشراء فكان اقدامهما على العقد اذنان كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء لآلة وله أن يبيع مال الشركة بالتقيد والنسيئة لأن الاذن بالبيع يمتد في الشركة وجد مطلقاً ولأن الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقد أو نسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا لا بالآلة يتغابن الناس في مثله لأن المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضي في شرحه تنصير الطحاوي وجعله على الاختلاف في الوكالة بالبيع مطلقاً أنه يجوز عند أي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله في نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز في نصيب نفسه فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الدين المشترك إذا أخر أحدهما نصيبه هذا إذا عقد أحدهما وأجل الآخر فاما إذا عقد أحدهما ثم أجل العاقد فلا خلاف في أنه يجوز تأجيله في نصيب نفسه لأنه مالك وعاقده وأما في نصيب شريكه فيجوز تأجيله في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسألة الوكيل بالبيع أنه يملك تأخير الثمن والبراء عند عندهما وعند لا يملك (ووجه) البناء ظاهر لأن العاقد في نصيب الشريك وكيل عنه وهي من مسائل كتاب الوكالة إلا أن هناك إذا أخر يضمن من ماله للموكل عندهم وهذا لا يضمن الشريك العاقد لأن الشريك العاقد يملك أن يتأجل البيع ثم يبيعه بنسيئة وإذا لم يتأجل وأخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك أن يتأجل ويبيع بالنسيئة فإذا أخر يضمن وله يشترى بالتقيد والنسيئة لما قلنا في البيع وهذا إذا كان في يده مال ناضٍ للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيئاً نسيئة وكان عنده شئ من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيئاً نسيئة فاما إذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم أو دنانير شيئاً كان المشتري له خاصة دون شريكه لا نالوا جعلنا شراءه على الشركة لصار مستنداً على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب لأنه يصير مال الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدراهم والدنانير نسيئة لأن العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالاثمان استدانة بخلاف ما إذا اشترى بها وفي يده مثلاً لأن ذلك ليس باستدانة وحكي الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه إذا كان في يد أحد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر الجانسة في رأس مال الشركة حقيقة حتى أبي انعقاد الشركة في الدراهم مع الدنانير لا خلاف الجنس حقيقة فيصير كأنه اشترى بجنس مافي يده صورة بالدراهم وعنده عروض ونحن نعتبر الجانسة معنى وهو النسيئة وقد تجانس في النسيئة فصار كأنه اشترى بجنس مافي يده صورة ومعنى وله أن يضع مال الشركة لأن الشركة تنعقد على عادة التجار والبضائع من عادتهم ولأنه أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض فلا بضائع أولى لأن استعمال البضائع في البضاعة بغير عوض وله أن يودع لأن

الابداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضاً لأنه لا بد للتاجر منه لأنه يحتاج إلى ذلك عند اعتراض أحوال تقع عادة لأن له أن يستحفظ المودع بأجر فيغير أجر أولى وليس له أن يشارك إلا أن يؤذن له بذلك لأن الشئ لا يستتبع مثله فإن شارك رجلاً شركة عنان فاشترى الشريك فنصفه له ونصفه للشريكين لأنه أن كان لا يملك الشركة في حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وإن اشترى الشريك الذي يشارك فاشترى يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شئ لأجنبي فيه لأنه لم يملكه فبق ما اشتراه على حكم الشركة وقال الحسن بن زياد إذا شارك أحد شريكي العنان رجلاً شركة ففاوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفاداة وكانت شركة عنان لأن المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان لأن المفاوض يجب أن يكون شريكاً في كل المال وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسخاً للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وإن كان بحضور من صاحبه تحت المفاوضة وذلك إبطال لشركة العنان لأنه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصة لأن الخلط إيجاب حق في المال فلا يجوز إلا في القدر الذي رضى به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة مضاربة ذكر محمد في الأصل عن أبي حنيفة أنه له ذلك وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك (وجه) رواية الحسن أن المضاربة نوع شركة لأن رب المال مع المضارب يشترى في الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد فلا يملك المضاربة (وجه) ظاهر الرواية أنه يملك أن يستأجر أجيراً يعمل في مال الشركة فلا يملك الدفع مضاربة أولى لأن الاجير يستحق الأجر سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيئاً بعمله إلا إذا كان في المضاربة ربح فلما ملك الاستئجار فلا يملك الدفع مضاربة أولى والاستدلال بالشركة غير سديد لأن الشركة فوق المضاربة لأنها توجب الشركة في الأصل والفرع والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الأصل والشئ يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد لأن المضاربة تمثل المضاربة بتوكيل التوكيل لأنه دون المضاربة والوكيل لا يملك أن يوكل غيره باطلاق الوكالة لأن الوكالة مثل الوكالة وله أن يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمل في مال المضاربة وسند كره في كتاب المضاربة أن شاء الله تعالى لأن تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه فإما كان للمضارب أن يعمل فالشريك أولى وله أن يأخذ مالا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لأن المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما لو أجرة نفسه وله أن يوكل بالبيع والشراء استحساناً والقياس أن لا يجوز لأن شريكه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره (وجه) الاستحسان أن الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من عادتهم ولأنه من ضرورات التجارة لأن التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج إلى التوكيل فكان التوكيل من ضرورات التجارة بخلاف الوكيل بالشراء لأنه لا يملك أن يوكل غيره لأنه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك إلا الشراء فيمكنه مباشرة بنفسه فلا ضرورة إلى أن يوكل غيره ولأن الشركة أعم من الوكالة والوكالة أخص منها والشئ يستتبع دونه ولا يستتبع مثله وبخلاف ما إذا كانا شريكين في خادم أو ثوب خاصة أنه ليس لأحدهما أن يوكل رجلاً ببيعه وإن وكل لم يجز في حصة صاحبه لأن ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين في شركة الأملاك أجنبي عن صاحبه محجور عن التصرف في نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم وله أن يوكل وكيلًا ويدفع إليه مالا ويأمره أن ينفق على شئ من تجارتهما والمال من الشركة لما قلنا أن الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه كتصرف الموكل فإن أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة أن كان في بيع أو شراء أو اجارة لأن كل واحد منهما للمالك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولأن الموكل وكيل لشريكه فإذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله وإن كان وكيلًا في تقاضي ما دأبه فليس للأخر إخراج له لأنه لا يملك أن يوكل شريكه فلا يملك أن يعزل وكيله عنه وله أن يستأجر أجيراً الشئ من تجارتهما لأن الاجارة من التجارة حتى يملكها المأذون في التجارة وهو من عادات التجار



أبضا ومن ضر ورات التجارة أيضا لان التاجر لا يجدد آمنه ولان المنافع عند ايراد العقد عليها تجري بحري الاعيان فكان الاستئجار بمنزلة الشراء وهو ملك الشراء فيملك الاستئجار والاجر يكون على المستأجر بطالب به دون شريكه لانه العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد ويرجع على شريكه بنصف الاجرة لانه وكيله في العقد وله أن يرضى متاعا من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء وان يرضى بما باعه لان الرهن ابقاء الدين والارتهان استيفاءه وانه ملك الايفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد في كتاب الرهن اذا رهن أحدهما متاعا من الشركة بدين عليها لم يحز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما اذ اناه وقبض لم يحز على شريكه وذلك محمول على ما اذا رهن أحدهما بدين عليها وجب بعقدهما لان الرهن ايفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله الا بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء عن ماعقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضمونا كالصحيح فكان مستوفيا حصته من الدين لانه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنه بجميع ذلك صار مستوفيا بجميع الدين فيصير مستوفيا حصته صورة فذهب الرهن بخصته وشريكه بالخيار ان شاء رجع بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فاذا هلك في يده تقرر استيفاء كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الترميم بحصته ويرجع الترميم على القابض بما قبضه لانه انما سلم اليه لئلا يملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا هو المطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان أحد الشرعيين اذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه وطريق ذلك ان نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه ومتى شاركه فيه فالقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه في ذلك أيضا هكذا يستوفى هو ويشاركه الآخر الى أن يستوفيا الدين طعن عيسى بن أبان في هذه المسألة وقال يجب أن لا يضمن الشريك نصيب شريكه لانه لا يملك أن يملك رجل لرجل اعطى رهنا بدين فلان الذي عليك فان أجاز له جاز وان لم يجزه فلا ضمان على فأعطاه وهلك الرهن في يده لم يضمن وهذا الطعن في غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن في يد العدل لانه لما أخذ رهنا لغيره وشرط أن لا ضمان عليه فقد صار عدلا وهلك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس بقبض استيفاء وهو هنا انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله أن يحتال لان الحوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس في المسألة والافلاس وكون بعضهم أملا من بعض وفي العادة يختار الاملا فالاملا فكانت الحوالة وسيلة الى الاستيفاء فكانت في معنى الرهن في التوق للاستيفاء ولان الاحتيا لئلا يملك ما في الذمة بمنزلة فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع الى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئا من الثمن وكذلك كل دين لزم انسانا بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمدين أن يمتنع من دفعه اليه كالمشتري من الوكيل بالبيع له أن يمتنع عن دفع الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المدين لم يلزم الحقوق للمالك وانما التزمها العاقد فلا يلزمه ما لم يلزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك من غير توكيل يرى من حصته ولم يبرأ من حصته الدين وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع (وجه) القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو أجنبي عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدافع الى القابض بغير حق فلا يبرأ (وجه) الاستحسان أنه لا فائدة في نقض هذا القبض اذ لو نقضناه لا احتجنا الى اعادته لان المدين يلزمه دفعه الى العاقد والعاقد يرد حصته الشريك اليه فلا يفيد القبض ثم الاعادة في الحال وهذا على القياس والاستحسان في الوكيل بالبيع اذا دفع المشتري الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا وليس

لا أحدهما ان خاصه فيما ادانه الا آخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ليس على الذي لم يل من ذلك شيء فلا يسمع عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو والا جني في هذا سواء لان الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد ولو اشترى أحدهما شيئا لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا وللعاقد أن يوكل وكيلا يقبض الثمن والمبيع في المشتري وباع على ذكرنا في مقدم ولا أحدهما ان يتقابل فيما باعه الا آخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وانه يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة وما باعه أحدهما واشترى فظهر عيب لا يرد الاخر بالعيب ولا يرد عليه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وانما يرجع الى العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لانه العاقد فان أقر أحدهما بعيبه في متاع جاز اقراره عليه وعلى صاحبه قال الكرخي وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف رحمهم الله وفرق بين هذا وبين الوكيل اذا أقر بالعيب فرد القاضي المبيع عليه أنه لا ينفذ اقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولا أحد الشرعيين أن يتقابل فيما باعه الا آخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وانه يملك الشراء الى أن يسترد المبيع ويقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع أحدهما متاعا من الشركة فرد عليه قبله بغير قضاء القاضي جاز عليها لان قبول المبيع بالتراضي من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي وكل واحد منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة وكذا القبول من غير قضاء القاضي بمنزلة الاقالة واقالة أحدهما نفذ على الآخر وكذا الوحط من ثمنه أو آخر منه لا جل العيب فهو جاز لان العيب يوجب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح والخطأ تقع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة أو امر بخلاف منه جاز في حصته ولم يحز في حصة صاحبه لان الخط من غير عيب تبرع والا انسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره وكذلك لو وهب لان الهبة تبرع ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشتري صاحبه مباحة على ما اشتريه لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك البيع مباحة وجل لا أحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخي أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبي يوسف ومحمدان له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ليس للشريك والمضارب أن يسافروا وهو قول أبي يوسف وروى عن أبي يوسف ان له المسافرة الى موضع لا يبيت عن منزله وروى عنه يسافر أيضا بما لا حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بماله حمل ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبي يوسف ان السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير الا باذنه (وجه) الرواية التي فرق فيها بين القريب والبعيد انه اذا كان قريبا بحيث لا يبيت عن منزله كان في حكم المصير (وجه) الرواية التي فرق فيها بين ماله حمل ومؤنة وماله ليس له حمل ومؤنة ان ماله حمل اذا احتاج شريكه الى رده يلزمه مؤنة الرد فيضرب به ولا مؤنة تلزمه فيما لا حمل له (وجه) قول أبي حنيفة ومحمدان الاذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وانما صدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجري على اطلاقه الادليل ولهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه في معنى المودع لانه مؤتمن في مال الشركة كالودع في مال الوديعة مع ما ان الشريك يملك أمر أزيد ألا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلا يملكه الشريك أولى وقول أبي يوسف ان المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم اذا كان الطريق مخوفا (فاما) اذا كان أمنا فلا خطر فيه بل هو مباح لان الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء في الارض من فضل الله ورفع الجناح عنه بقوله تعالى عز شأنه فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقال عز شأنه ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم مطلقا من غير فصل وما ذكر من لزوم مؤنة الرد فيما لا حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامة في عادة التجار لان كل مؤنة تلزم لحق برأس المال هذا اذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل في ذلك رأيك فاما اذا قال ذلك فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخط مال الشركة بماله خاصة والرهن والارتهان مطلقا لانه فوض الرأي اليه في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقا واذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل له اعمل رأيك أو عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة ومحمد أنه أن يتفق من جملة المال على نفسه في



كرائه وثقته وطعامه وإدامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لأن الاتفاق من مال الغير لا يجوز إلا بأذنه نصاً (وجهه) الاستحسان العرف والعادة لأن عادة التجار الاتفاق من مال الشركة والمصرف كالمشروط ولأن الظاهر هو التراضي بذلك لأن الظاهر أن الإنسان لا يسافر بمال الشركة ويلزم النفقة من مال نفسه لم يجز محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون لأنه التزام ضرر للمحال لنفع محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان أقدمهما على عقد الشركة دليل على التراضي بالنفقة من مال الشركة ولأن كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب لأن ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يستحق نصف الربح شائماً كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب إذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك كذا هذا وقال محمد فإن ربحت حسبت النفقة من الربح وإن لم يربح كانت النفقة من رأس المال لأن النفقة جزء تالف من المال فإن كان هناك ربح فهو منه والأفهم من الأصل كالمضارب وما اشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرناه بصير مستديناً على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لأحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شيء لأن كل واحد منهما تبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما) القرض فلا نه لا عوض له في الحال فكان تبرعاً في الحال وهو لا يملك التبرع على شيء وسواء قال يعمل برأيك أو لم يقل إلا أن ينص عليه بعينه لأن قوله يعمل برأيك تفويض الرأي إليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض مالا لزمهما جميعاً لأنه تملك مال بالعقد فكان كالصرف فيثبت في حقه وحق شيء ولأنه كان الاستقراض استعارة في الحال فهو يملك الاستعارة وإن كان تملكاً مملوكه أيضاً وليس له أن يكتب عبداً من تجارتهما ولا أن يعتق على مال لأن الشركة تنعقد على التجارة والكتابة والاتفاق ليسا من التجارة ألا ترى أنه لا يملكهما المأذون في التجارة وسواء قال يعمل برأيك أولاً لقلنا وليس له أن يزوج عبداً من تجارتهما في قولهم جميعاً لأنه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه إلا بأذن نصاً وكذلك تزويج الأمة في قول أبي حنيفة ومحمد لأنه ليس من التجارة ويجوز عند أبي يوسف والمسئلة تقدمت في كتاب النكاح ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لأن الإقرار حجة قاصرة فلا يصدق في إيجاب الحق على شيء بخلاف المفاوضة لأن الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو أقر بحارة في يده من تجارتهما أقر بالرجل لم يجز إقراره في نصيب شيء وجاز في نصيبه لما ذكرناه إقرار الإنسان بنفسه لا على غيره لأنه في حق غيره شهادة وسواء كان له يعمل برأيك أولاً لأن هذا القول يفيد العموم فيما تضمنته الشركة والشركة لم تتضمن الإقرار وما ضاع من مال الشريك في يد أحدهما فلا ضمان عليه في نصيب شيء فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع يمينه لأنه أمين والله عز وجل أعلم وأما المفاوضة فجميع ما ذكرناه يجوز لا أحد شرى العنان أن يفعله وهو جائز على شيء إذا فعله فيجوز لا أحد شرى المفاوضة أن يفعله وإذا فعله فهو جائز على شيء لأن المفاوضة أعم من العنان فلما جاز لشريك العنان لجوازه للمفاوض أولى وكذا كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لأنها ما كانت أعم من العنان فهو يقتضي شروط العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لأن المفاوضة يفسدها مالا يفسد العنان لا اختصاصاً بشرائط لا تشترط في العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم والآن نبين الأحكام المختصة بالمفاوضة التي تجوز للمفاوض ولا يجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز إقرار أحد شرى المفاوضة بالدين عليه وعلى شيء ويطلب المقر له إيماء شاء لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر بإقراره ويلزم شيء بكفاله وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كضمن المشتري في البيع الصحيح وقيمتها في البيع الفاسد وأجرة المستأجر أو ما هو في معنى التجارة كالمضروب والخلاف في الودائع والحواري والأجارات والاستهلاكات وصاحب الدين بالخيار أن شاء أخذها بدينه وإن شاء أخذ شيء به بحق الكفالة أمادين التجارة

فلانه دين لزمه بسبب الشركة لأن البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لأنه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا إن البينة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعتقد أن الدين لزمه كما لزم شريكه لأنه كفيل عن شريكه والبينة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل أن الأمر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد وكذا الأجرة لأن الأجرة تجارة (وأما) الغصب فلأن ضمانه في معنى ضمان التجارة لأن نثر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان في معنى ضمان البيع والخلاف في الودائع والحواري والأجارات في معنى الغصب لأنه من باب التعدي على مال الغير بغير إذن مالكه فكان في معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب (وأما) أروش الجنائيات والمهر والنفقة وبذل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤاخذ به شريكه لأنه ليس بضمان التجارة ولا في معنى ضمان التجارة أيضاً لعدم معنى معاوضة المال بالمال رأساً وروى عن أبي يوسف أن ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم إلا فاعله لأنه ضمان جنائية فأشبه ضمان الجنائية على بني آدم والجواب ما ذكرناه أن ضمان الغصب وضمان الاتلاف في غير بني آدم ضمان معاوضة لأنه ضمان يملك به المضمون عوضاً عنه بخلاف ضمان الجنائية على بني آدم لأنه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلاً ولو كفل أحدهما عن إنسان فإن كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أبي حنيفة وعندهما لا يلزم وإن كفل بنفسه لا يؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعاً (وجهه) قولهما أن الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على أنها تبرع اختصاص جوازها بهل التبرع حتى لا تجوز من الصبي والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث إذا كان في حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولا في حنيفة رضي الله عنه أن الكفالة تقع تبرعاً بابتدائها ثم تصير معاوضة باتبائها لوجود التملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه فقلنا لا تصح من الصبي والمأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث عملاً بالابتداء ويلزم شريكه عملاً بالانتهاء وحقوق عقد تولاه أحدهما يرجع إليهما جميعاً حتى لو باع أحدهما شيئاً من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع ويطلب غير البائع منهما المشتري بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبائع ولو اشترى أحدهما شيئاً يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشتري وله أن يقبض المبيع كما للمشتري ولو وجد المشتري منهما عيباً بالمبيع فلصاحبه أن يرد به بالعيب كما للمشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيباً فله أن يرد ما على أيهما شاء ولو أنكر العيب فله أن يحلف البائع على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحدهما فإقراره على نفسه وشريكه ولو باع سلعة من شركتهما وجد المشتري بها عيباً فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم بيمين واحدة على العلم في قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويستقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعاً في خراج التجارة وضمانها سواء ففعل أحدهما فيها كفلاً أو قول أحدهما كقولهما وهما في الحقيقة شخصان وفي أحكام التجارة كشخص واحد ولا حد أحدهما أن يكتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة لأن تصرف كل واحد منهما فيما يعود نفقه إلى مال الشركة عام كتصرف الأب في مال الصغير كذا روى عن محمد أنه قال كلما يجوز أن يفعله الإنسان فيما يملكه فالمفاوض فيه أجوز أمر أو معناه أن الأب يملك كتابة عبد ابنه الصغير وأذنه بالتجارة مع أنه لا ملك له فيه رأساً فلا يملك المفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيئاً من عبيد التجارة على مال لأنه في معنى التبرع لأنه يعتق بمجرد القول ويبقى البدل في ذمة المخلص قد يسلم له وقد لا يسلم فكان في معنى التبرع ولهذا لا يملكه الأب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لأنه ضرر محض لأن المهر والنفقة يتعلقان بربته وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضرراً محضاً فلا يملكه في ملك غيره ويجوز له أن يزوج الأمة لأن تزويج الأمة نفع محض لأنه يستحق المهر والولد ويستقط عنه نفقته وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود نفقه إلى مال الشركة سواء



كان من باب التجارة أو لا بخلاف الشريك شركة العنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أي حنيفة وشهد  
وتزويج الامه ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند أبي يوسف ينفذ كتصرف  
المفاوض لوجود النفع ويجوز له أن يدفع المال مضارباً بماذا كره في الشريك شركة عنان انه يجوز له أن يستأجر من يعمل  
في مال الشركة بمال يستحقه الاجير يتيقن فالدفع مضارباً بماذا كره في الشريك شركة عنان انه يجوز له أن يستأجر من يعمل  
بمحصول وأن لا يحصل ويجوز له أن يشارك شركة عنان في قول أبي يوسف ومحمد لان شركة العنان أخص من شركة  
المقاوضة فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المقاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لا نهادومها فتبيعها ولان الاب يملك  
ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الاولى وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز له ذلك  
لانه يجب للشريك الثالث حق في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا شارك رجلاً شركة عنان فاما اذا  
فاوض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد في الاصل وقال أبو يوسف لا يجوز وكذا في رواية الحسن عن أبي حنيفة  
(وجهه) قول محمد أن عقد المقاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر ولا ينفذ أبو يوسف أن المقاوضة  
مثل المقاوضة والشئ لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرهن على شريكه لان الرهن هو ايقاع والارتهان استيفاء  
وكل واحد منهما يملك الايقاع والاستيفاء فيما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضي ما اداه أو ادانه  
صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة لان كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفي حقوقه  
بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما مالاً كل واحد منهما كفيل عن الآخر  
وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البيعة ويستحلف على علمه فياهو من ضمان  
التجارة لان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشتراه  
أحدهما من طعام لاهله أو كسوة أو مالا بدله منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه والقياس أن يكون المشتري  
مشاركاً بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الاعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة لان  
ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المقاوضة فاختص به المشتري لكن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء وان وقع  
المشتري للذي اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ببدل مما يجوز فيه  
الاشتراك الا أنهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قضى ديناً عليه من ماله لا على وجه التبرع  
لانه ائتم ذلك فيرجع عليه وليس له أن يشتري جارية للوطء أو للخدمة بغير إذن الشريك لان الجارية مما يصح فيه  
الاشتراك ولا ضرورة تدعو الى انفراد بملكها فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة  
فأخرج عن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة في الجارية فبقيت داخلية تحت العموم فان اشتري ليس له أن يطأها  
ولا لشريكه لا نهادخلت في الشركة فكانت بينهما فبذبح جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لاحدهما أن يطأها فان  
اشتري أحدهما جارية ليطأها باذن شريكه فهي له خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة أن الشريك يرجع عليه بشيء أو لا  
يرجع وذكر في الجامع الصغير الخلاف فقال عند أبي حنيفة لا يرجع عليه بشيء من الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف  
الثمن (وجهه) قوله ان الحاجة الى الوطء مستحقة فتأخذ بالحاجة الى الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت  
له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد تقدم ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف  
ولا ينفذ حنيفة ان الاصل في كل ما يحتمل الشركة اذا اشتراه أحد الشريكين أن يقع المشتري مشتركاً بينهما من غير إذن  
جديد من الشريك بالشراء الا فيما فيه ضرورة وهو مالا بدله منه من الطعام والكسوة ولا ضرورة في الوطء فوقع المشتري  
على الشركة بالاذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة الى اذن آخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لوقوع المشتري  
على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه فكان للتمليك كأنه قال اشتري جارية بيننا وقد ملكتك نصيب منها فكانت  
الجهة متعلقة بالشراء فاذا اشتري وقبض تحت الجهة كما لو قال ان قبضت مالي على فلان فقد وهبته لك فتقبضه يملكه

كذا هذا اذا كان كذلك فقد تقدمت الواقعة على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشيء فان اشتري  
جارية للوطء باذن شريكه فاستولدها ثم استحققت فعلى الواطئ العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء (أما) وجوب  
العقر فلا شك فيه لان وطء مملك الغير في دار السلام لا يخلو عن أحد الغرامتين اما الحد واما العقر وقد تعذر ايجاب  
الحد لمكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر وأما ولاية الاخذ من أيهما شاء فلان هذا ضمان وجب بسبب الشراء  
والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالثمن لان الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف  
المهر في النكاح الصحيح والفاصل انه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة  
ولو أقال أحدهما في بيع ما باعه الآخر جازت الاقالة عليهما لما ذكرنا ان الاقالة في معنى الشراء وهو يملك الشراء على  
الشركة فيملك الاقالة ولان الشريك شركة العنان يملك الاقالة للمفاوض أولى واذا مات أحد المتفاوضين أو تفرق لم  
يكن للذي لم يل المدائنة أن يقبض الدين لان الشركة بطلت بموت أحدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل  
لبطلان أمره بموته وبطلت بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لاحدهما أن يقبض نصيب الآخر  
اذا لم يكن هو الذي تولى العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جاز استحسننا (وأما)  
الذي ولي المدائنة فله أن يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المدائنة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة  
بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل ولو أجزأ أحدهما نفسه في الخياطة أو عمل من الاعمال فلا جاز بينهما نصفان وان  
أجزأ نفسه للخدمة فلا جاز له خاصة لان في الفصل الاول أجزأ نفسه في عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صاحبه فاذا  
عمل فقد أوفى ما عليهما فكانت الاجرة بينهما وفي الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت  
الاجرة له خاصة وقال أبو حنيفة اذا قضى أحدهما ديناً كان عليه قبل المقاوضة فهو جائز لانه اذا قضى فقد صار  
المقضى ديناً على القاضي أولاً ثم يصير قصاصاً بماله على القاضي فكان هذا تملكاً بموضع فتناله عند الشركة فملكه فجاز  
القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لما ذكرنا ان قبضه قبض مضمون لانه قبض مال الشريك أن  
يملكه اياه ويرجع شريكه عليه بحصة منه لانه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض المقاوضة وان ازداد مال أحد  
الشريكين لان الواجب دين وزيادة مال أحد الشريكين اذا كانت ديناً لا توجب بطلان المقاوضة كما لا تمنع انعقادها  
لما مر ان الدين لا يصلح رأس مال الشركة فاذا استرجع ذلك بطلت المقاوضة لانه ازداد له مال صالح للشركة على مال  
شريكه ولو رهن أمة من مال المقاوضة بخمسة مائة وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بخمسة مائة ولا يضمن ما بقي لان  
الزيادة أمانة في يد المرتهن فكان مودعاً في قدر الامانة من الرهن ولم يودع والمفاوض أن يودع وكذلك وصى أيتام  
رهن أمة لهم بأربعمائة عليه وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بأربعمائة وذلك يكون ديناً للورثة على الوصي  
وهو أمين في الفضل وكذلك الاب يرهن أمة ابن له صغير يدين عليه لان الاب والوصي يملكان الابداع والزيادة  
على قدر الدين من الرهن امانة فكانت ودیعة قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة رحمه الله لو أقرض أحد المتفاوضين  
مالاً فأعطاه رجلاً ثم أخذ به سفتجة كان ذلك جائزاً عليهما ولا يضمن توى المال أو لم يتوى وفي قياس قول أبي يوسف  
ان الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في الكفالة ان الكفيل في حكم  
المقرض فاذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القرض وعند أبي يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع  
فكذلك القرض وقالوا في أحد المتفاوضين اذا استأجر ابلاً الى مكة ليحج ويحمل عليها متاع يبيته فلمؤاجر أن  
يطالب أيهما شاء بالاجر لان المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة لا يرى لو أبدله من حمل متاعه  
فحمل عليها متاع الشركة جاز واذا دخل في الشركة كان البديل عليها فيطالب به شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له  
خاصة كما لو اشتري طعاماً لنفسه ان المشتري يقع له ويطالب الشريك بالثمن كذا هذا ولو أجزأ أحدهما عبداً له ورثه لم  
يكن لشريكه أن يقبض الاجارة لانها بدل مال يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث والله



عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالأعمال فأما العنان منها فكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى قبل بحب عليه وعلى  
شريكه لأن كل واحد منهما يعتقد الشركة أذن لصاحبه يتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه يتقبل العمل بنفسه  
ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما وكل واحد منهما أن يطالب صاحب  
العمل بكل الأجرة لأنه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الأجرة وإلى أيهما دفع صاحب العمل يرى أنه دفع  
إلى من أمر بالدفع إليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به  
استحساناً كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أنه قال إذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما  
أجمعاً يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) القياس ظاهر لأن هذه شركة  
عنان لا شركة مفوضة وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما به لا يطالب به الآخر (وجه)  
الاستحسان أن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لأن العمل الذي يتقبله أحدهما بحسب على الآخر حتى  
يستحق الأجر به فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان  
العمل فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان وإن لم تكن مفاوضة حقيقة حتى قالوا في الدين إذا أقر أحدهما  
بثمن صابون أو أشتان أو غيرهما أنه لا يصدق على صاحبه إذا كان المبيع مستهلكاً لا باقراًه أو بالينة كذا إذا أقر  
أحدهما باجر أجير أو حانوت بعد مضى هذه الأجرة وإن كان المبيع لم يستهلك ومدة الأجرة لم تمض لزمهما جميعاً باقراًه  
وإن جحدته شريكه كفا في شركة العنان فدل أنه ليس لها حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة  
وقال أبو يوسف إذا ادعى على أحدهما ثوباً عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز الأقرار على الآخر ويدفع  
الثوب ويأخذ الأجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لأنهما ليسا متفاضلين حتى يصدق كل واحد منهما على  
صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ أقراره على صاحبه فيما في يد صاحبه كشرى العنان في المال إذا أقر  
أحدهما بثوب من شركتهما وجحد الآخر أنه لا ينفذ أقراره على صاحبه في نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سبعة عن  
محمد أنه أخذ بالقياس في هذه المسئلة وقال ينفذ أقراره في النصف الذي في يده ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك  
(وجه) ما ذكرنا أن الشيء في أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكي العنان إذا أقر بثوب في أيديهما لا ينفذ على  
صاحبه وإنما استحساناً والحقها بالمفاوضة في حق وجوب العمل والمطالبة بالأجرة في حق وجوب ضمان العمل  
فبقى الأمر في ذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لأن يوسف أنه لما ظهر حكم المفاوضة في هذه الشركة  
في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل الأجرة وعليه بكل العمل  
ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل أيضاً فينفذ أقراره بمحل العمل على صاحبه وإن عمل أحدهما  
دون الآخر بأن مرض أو سافر أو بطل فلا أجر بينهما على ما شرط إلا أن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان  
العمل لا بالعمل لأن العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالتصاريح والخياط إذا استعان برجل على القصارة والخياطة  
أنه يستحق الأجر وإن لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وهما شرط العمل عليهما فإذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل  
عاملاً لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب إذا شرط التفاضل في  
الضمان بأن شرط أحدهما لثمن الكسب وهو الأجر وللاخر الثلث وشرط العمل عليهما كذلك سواء عمل  
الذي شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شرط العمل عليه لأن استحقاق الأجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل  
بدليل أنه لو عمل أحدهما استحق الآخر الأجر وإذا كان استحقاق أصل الأجر بأصل ضمان العمل لا بالعمل كان  
استحقاق زيادة الأجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكى عن الكرخي أنه علل في هذه المسئلة فقال المنافع لا تتقوم  
إلا بالتدوير والشريك قد قومه بما يمتد ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير إلى أن الاستحقاق بالعمل  
ورد عليه الجصاص وقال هذا لا يصح بدليل أنه لو شرط فضل الأجر لهما عملاً بأن شرطاً ثلث الأجرة له جاز فدل

أن استحقاق فضل الأجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل ولو شرط التفاضل في الأجرة فجعلها أثلاً ولم ينسبها  
العمل إلى اثنين فهو جائز لأنهما لما شرط التفاضل في الكسب ولا يصح ذلك إلا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك  
اشتراطاً للتفاضل في العمل تصحيحاً للتصرف فيما كان التصحيح ولو شرط الكسب أثلاً وشرط العمل  
نصفين لم يجوز لأن فضل الأجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والربح لا يستحق إلا بأحد هذه الأشياء (وأما)  
الوضعية فلا تكون بينهما إلا على قدر الضمان حتى لو شرط أن ما يتقبله أحدهما بثلاثه على أحدهما بعينه وثلاثه على الآخر  
والوضعية بينهما نصفان كانت الوضعية باطلة والقبالة بينهما على ما شرط على كل واحد منهما لأن الربح إذا انقسم على  
قدر الضمان كانت الوضعية على قدر الضمان أيضاً لأنه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضعية في موضع يجوز  
اشتراط زيادة الربح فيه لا أحدهما وهو الشركة بالأموال حتى لا تكون الوضعية فيها إلا بقدر المال في موضع لا يجوز  
اشتراط زيادة الربح فيه لا أحدهما فلا يجوز أن تكون الوضعية فيه إلا على قدر الضمان أولى (وأما) المفاوضة بينهما  
فإن لم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطالب به من ثمن صابون أو أشتان أو أجر أجير أو حانوت ويجوز  
أقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين ولما لم يتر له أن يطالب به أيهما شاء لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه  
فيلزم المقر بأقراره والشريك بكفالتة ولو ادعى على أحدهما بثوب في أيديهما فأقر به أحدهما وجحد صاحبه يصدق  
على صاحبه وينفذ أقراره عليه (وأما) الشركة بالوجود فالعنان منها والمفاوضة في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما  
وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة في الأموال (وأما) الشركة الفاسدة  
وهي التي فاتها شرط من شرائط الصحة فلا تبيد شيئاً مما ذكرنا لأن لأحد الشريكين أن يعمل بالشركة الصحيحة  
والربح فيها على قدر المالمين لأنه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لأن الشرط لم يصح فألحق بالعدم فبقى  
الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لأحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعي له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا  
غير سديد إلا أنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الأجر والله عز وجل أعلم

**فصل** وأما صفة عقد الشركة فهي أنها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالقسح الآن من شرط  
جواز القسح أن يكون بحضرة صاحبه أي بعلمه حتى لو فسح بمحض من صاحبه جاز القسح وكذا لو كان صاحبه غائباً  
وعلم بالقسح وإن كان غائباً ولم يبلغه القسح لم يحز القسح ولم ينسخ العقد لأن القسح من غير علم صاحبه إضرار بصاحبه  
ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا  
في الوكالة التي تضمنت الشركة وعلى هذا الأصل قال الحسن بن زياد إذا شارك أحد شريكي العنان رجلاً شركة  
مفاوضة أنه إن كان بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وإن كان بمحض منه جحت المفاوضة لأن المفاوضة مع غيره  
تتضمن فسح العنان وهو لا يملك القسح عند غيبته ويملك عند حضرته وهل يشترط أن يكون مال الشركة عيناً وقت  
الشركة لصحة القسح وهي أن يكون دراهم أو دنانير ذكر الطحاوي أنه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت  
القسح لا يصح القسح ولا تنسخ الشركة ولا رواية عن أصحابنا في الشركة وفي المضاربة رواية وهي أن رب المال إذا  
نهى المضارب عن التصرف فإنه ينظر أن كان مال المضاربة وقت النهي دراهم أو دنانير صح النهي لكن له أن يصرف  
الدرهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم لأنهما في الثمنية جنس واحد فكانه يشتري بها شيئاً وليس له أن يشتري بها  
عروضا وإن كان رأس المال وقت النهي عروضا فلا يصح نهيه لأنه يحتاج إلى بيعها يظهر الربح فكان القسح  
باطلاً لحقه في التصرف فجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال  
يجوز فسح الشركة وإن كان رأس المال عروضا ولا يجوز فسح المضاربة لأن مال الشركة في يد الشريكين جميعاً  
ولهما جميعاً ولأية التصرف فيملك كل واحد منهما نهى صاحبه عينا كان المال أو عروضا فامال المضاربة ففي يد  
المضارب ولأية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال عروضا



**فصل** وأما ما يبطل به عقد الشركة فإبطل به نوعان (أحدهما) بعم الشركات كلها (والثاني) بخص البعض دون البعض أما الذي بعم الكل فأنواع (منها) الفسخ من أحد الشريرين لأنه عقد جائز غير لازم فكان محتسلاً للفسخ فإذا فسخه أحدهما عند وجود شرط الفسخ يتفسخ (ومنها) موت أحدهما أو هاتمتا أو انقضى العقد الشركة لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم لأنه عزل حكماً فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحدهما مع المخاق بدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لأن به يخرج الوكيل عن الوالة وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لأن الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا في كتاب الوكالة (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فأنواع (منها) هلاك المالكين أو أحدهما قبل الشراء في الشركة بالأموال سواء كان المالكين من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لأن الدراهم والدنانير يتعينان في الشركات فإذا هلك فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل إبرام العقد وحصول العقود به فيبطل العقد بخلاف ما إذا اشترى شيئاً بدراهم معينة ثم هلك الدراهم قبل القبض إن العقد لا يبطل لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ويتعينان في الشركات ثم إن علم تعيين الدراهم والدنانير في المعاوضات وتعيين في الشركات لا يوجب جعلاً لثمين شرعاً فلو تعين في المعاوضات لا ثمينين إذا ثبت اسم لعين بقابلها عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير في المعاوضات لكان عينا قابلاً بعوض فكان مثماً فلا يكون ثماً وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين وليس في تعينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع لأنها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا يتعينان في الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا يتعينان في هذين العتدين وإن لم يكن التعيين فيهما تغييراً لحكم الشرع وهو جعلهما مثمين لما لا عوض لخال يقابلها لأن كل واحد من العتدين وضع وسيلة إلى الشركة والوسيلة إلى الشيء حكمه حكم ذلك الشيء فجعل حكمهما في حق المنع من تعيين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينان بالقبض كما في الشراء بخلاف الشركة فانهما وإن وقعت وسيلة إلى الشراء لكن لا بد مع هذا من سبب يوجب تعيين رأس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معيناً لرأس المال لأنه لا وجه إلى إيجاب القبض فيهما ليتعين رأس المال لأن العمل فيهما مشروط من الشريرين وكون العمل مشروطاً من رأس المال يوجب أن يكون رأس المال في يده لئلا يمكنه العمل وكون عمل الآخر مشروطاً يوجب التسليم إليه لئلا يتمكن من العمل فلا يجب التسليم للعارض ولا بد من سبب يوجب تعيين ما تعلق به العقد وليس وراء القبض إلا العقد فإذا لم يمكن إيجاب القبض جعل العقد موجباً لتعيينهما وإن كان وسيلة إلى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدراكاً بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له (فأما) في الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس بمشروط بل لو شرط ذلك في المضاربة لا وجب فسادها فمكن جعل القبض سبباً للتعيين فلا حاجة إلى جعل العقد سبباً فلم يوجب العقد التعيين الخافاه بالشراء ثم إذا هلك أحد المالكين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لأن الهالك مال ملكه أحدهما يتيقن وأنه أمانة في يده صاحبه فيهلك على صاحبه خاصة بخلاف ما إذا كان رأس المالكين من جنس واحد وخطأ ثم هلك أنه يهلك مشتركاً لأن لا يتيقن أن الهالك مال أحدهما والله عز وجل الموفق (ومنها) فوات المساواة بين رأس المال في شركة المفوضة بالمال بعد وجودها في ابتداء العقد لأن وجود المساواة بين المالكين في ابتداء العقد كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة فبقاؤها شرط قائم منقذاً لأنها مفوضة في الحالين فلا بد من معناها في الحالين وعلى هذا يخرج ما إذا تفاوضا والمال مستوي ثم ورث أحدهما ما لا تنص فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك في يده أنه يبطل التفاوض لبطلان المساواة التي هي معنى العقد وان ورث عراً وضاً لا تبطل وكذلك ورث ديوناً لا تبطل ما لم يقبض الديون لأنها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذلك إذا زاد أحد المالكين على الآخر قبل الشراء بأن كان

أحدهما دراهم والآخر دنانير فإن زادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفوضة لما قلنا لأن عقد الشركة يفتق تمامه على الشراء فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الاعتناء فإذا طرأ عليه بطله قال بمحذو ذلك لو اشترى بأحد المالكين ثم ازداد الآخر لأن الشركة لا تتم ما لم يشتر بل بالفسار كان الزيادة كانت وقت العقد فإن زاد المال المشتري في قيمته كانت المفوضة باطلاً لأن تلك الزيادة تحدث على ملكه لا لأنها في مال المشتري فلا يفضل أحدهما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس إذا اشترى بأحد المالكين قبل صاحبه أنه ينتقض المفوضة لأن الألف التي لم يشتر بها بقيت على مالك صاحبه وأقدم مالك صاحبه نصف ما اشترى إلا خرفصار ماله أكثر فينبغي أن تبطل المفوضة إلا أنهم استحسنوا وقالوا لا تبطل لأن الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن ديناً فلم يفضل المال فلا تبطل المفوضة والله عز وجل أعلم

### كتاب المضاربة

يحتاج في هذا الكتاب إلى معرفة جواز هذا العقد وإلى معرفة ركنه وإلى معرفة شرائط الركن وإلى معرفة حكمه وإلى معرفة صفة العقد وإلى معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه إذا بطل وإلى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب (أما) الأول فالقياس أنه لا يجوز لأنه استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكنا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والجماع (أما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وآخر ونضربون في الأرض يتفنون من فضل الله والمضارب يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم (وأما) السنة فإروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحر أولاً ينزل به وادياً ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة فإن فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة (وأما) الجماع فإروى عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمر وسيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون إجماعاً وروى أن عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قداما العراق وأبو موسى الأشعري أمير بها فقال لهما لو كان عندي فضل لا كرمتمكوا ولكن عندي مال لبيت المال أدفعه إليكما فابتاعاه بمتاعوا وحملاه إلى المدينة وبيعاه وادفعائنه إلى أمير المؤمنين فلما قداما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضي الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلار بحمهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك من الضمنا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضاربين في المال لهما النصف وليت المال النصف فرضي به سيدنا عمر رضي الله عنه وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا في سائر الأعصار من غير أنكار من أحد وجماع أهل كل عصر حجة فترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضاً وهو أن الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة لأن الإنسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدي إلى التجارة وقد يهتدي إلى التجارة لكنه لا مال له فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجة إلى الله تعالى ما شرع العقود المصالح العباد ودفع حوائجهم

**فصل** وأما ركن العقد فلا إيجاب والقبول وذلك باللفظ تدل عليهما فلا إيجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدى معنى هذه الألفاظ بأن يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على أن مارزق الله عز وجل



أو أطمع الله تعالى منه من ربح فهو يتناعلى كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء المعلومه وكذا اذا قال مقارضة أو معاملة ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيمن الركن بينهما اما لفظ المضاربة فصرح ما خوذ من الضرب في الارض وهو السير فيها سمي هذا العقد مضارباً لأن المضارب يسير في الارض ويسمى فيها لا بتنا الفضل وكذا لفظ المقارضة صرح في عرف أهل المدينة لا أنهم يسمون المضارب بمقارضة كما يسمون الجارية بيعاً ولأن المقارضة مأخوذة من القرص وهو القطع سمي المضارب بمقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن رأس المال ويجعله في يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء وهذا معنى هذا العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به على ان مار زق الله عز وجل من شئ فهو يتناعلى كذا ولم يزد على هذا فهو جائز لأنه أنى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد والعبرة في العقود لما نيلها لا لصور الالفاظ حتى ينقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا وذكر في الاصل لو قال خذ هذه الالف فابعها ما عافا كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا كان مضارباً باستحسانا والقياس ان لا يكون مضارباً (وجه) القياس انه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضارب به الا بالشراء والبيع (وجه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الالباع ذكر البيع وهذا معنى المضارب به ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضارباً باستحسانا والقياس ان لا يكون لأنه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضارب به (وجه) الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والالاخذ ليس عملاً يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء والبيع فتضمن ذكره ذكر الشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به هر ويا بالنصف أو رقيقاً بالنصف ولم يزد على هذا شيئاً فاشترى كما أمره فهذا فاسد ولا يشتري أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب المال لأنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع ليحصل على المضارب به فحمل على الاستتجار على الشراء بأجر مجهول وذلك فاسد فاذا اشترى كما أمره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق أجر مثل عمله وليس له أن يبيع ما اشترى من غير إذن الأمر لأنه أمره بالشراء لا بالبيع فكان المشتري له فلا يجوز بيعه من غير اذنه فان باع منه شيئاً لا ينقذ بيعه من غير اذنه المأل ويضمن قيمته ان لم يقدر على عينه لأنه صار متلفاً مال الغير بغير اذنه وان أجاز رب المال البيع والمتاع قائم جاز والثلث لرب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا أجاز فقد زال المانع وكذلك لو كان لا يدري حاله انه قائم أو هالك فأجاز لان الأصل هو بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه وانما شرط قيام المبيع لأنه شرط صحة الاجازة لما عرف ان مالا يكون محلاً لانشاء العقد عليه لا يكون محلاً لاجازة العقد فيه وان علم انه هلك فلا اجازة باطله لما ذكرناه وروى بشر عن أبي يوسف في رجل دفع الى رجل ألف درهم ليشتري بها ويبيع فاربح فهو بينهما فهذه مضارب به ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لأنه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضارب به وكذلك لو شرط عليه ان الوضعية على وعليك فهذه مضارب به والربح بينهما والوضعية على رب المال لان شرط الوضعية على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن علي بن الجعد عن أبي يوسف لو ان رجلاً دفع الى رجل ألف درهم ولم يقبل مضارب به ولا بضاعة ولا قرصاً ولا شركة وقال ما ربحت فهو بيننا فهذه مضارب به لان الربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الربح ذكر الشراء والبيع وهذا معنى المضارب به ولو قال خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضارب به جائزة قياساً واستحساناً والمضارب ما شرط وما بقي فارب المال والاصل في جنس هذه المسائل ان رب المال انما يستحق الربح لأنه ناء ماله لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بما عمله والعمل لا يتقوم الا بالعقد اذا عرف هذا فنقول في هذه المسئلة اذا سمي للمضارب جزأ معلوماً من الربح فتد وجد في حقه ما يفتقر الى استحقاقه اربح فيستحقه والباقي يستحقه رب المال بآله ولو قال خذ هذا المال

مضاربة على ان لي نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس ان تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعي رحمه الله ولكنها جائزة استحساناً ويكون للمضارب النصف (وجه) القياس ان رب المال لم يجعل للمضارب شيئاً معلوماً من الربح وانما سمي لنفسه النصف فقط وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة اليها فكان ذكره والسكوت عند بمنزلة واحدة وانما الحاجة الى التسمية في حق المضارب بربحاً لا تصح المضارب به (وجه) الاستحسان ان المضارب به تقتضي الشركة في الربح فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقي للمضارب كأنه قال خذ هذا المال مضارباً به على ان لك النصف كما في ميراث الابوين في قوله سبحانه وتعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث لما كان ميراث الميت لا يورثه وقد جعل الله تعالى عز وجل للإمام منه الثلث كان ذلك جعل الباقي للاب كذا هذا ولو قال على ان لي نصف الربح وولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقي لرب المال لما ذكرنا ان استحقاق المضارب الربح بالشرط واستحقاق رب المال لكونه من ناء ماله فاذا سلم المشرط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقي لرب المال لكونه من ناء ماله ولو قال رب المال على ان مار زق الله عز وجل فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة قسمة والتقسمة تقتضي المساواة اذا لم يبين فيها مقدار معلوم قال الله تعالى عز شأنه ونبيهم ان الماء قسمة بينهم وقد فهم منها التساوي في الشرب قال الله سبحانه وتعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم هذا اذا شرط جزء من الربح في عقد المضارب به لاجل حدهما اما المضارب وامارب المال وسكت عن الآخر فاما اذا شرط لهما ولغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما فان كان الثالث أجنبياً أو كان ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهم اثلاثاً وان لم يشرط عليه العمل لم يجز وما شرط له يكون لرب المال لان الربح لا يستحق في المضاربة من غير عمل ولا مال وصار المشرط له كالمسكوت عنه وان كان الثالث عبد المضارب فان كان عليه دين فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ان شرط عمله لان المضارب لا يملك كسب عبده فكان كالأجنبي وان لم يشرط عمله فاشترطه فهو لرب المال لما ذكرنا في الاجنبي وعند أبي يوسف وشهد المشرط له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لولم يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال فهو على هذا التفصيل أيضاً انه ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالأجنبي عند أبي حنيفة لان المولى لا يملك اكسابه وان لم يشرط عمله فاشترط له فهو لرب المال لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل أو لم يعمل لان المولى يملك كسب عبده كان عليه دين أولاً فان لم يكن على العبد دين ففي عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال لانه اذا لم يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشرط له مشروطاً للمولى وصار كأنه شرط للمضارب الثلثين وفي عبد رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال لان المشرط له يكون مشروطاً لمولاه اذا لم يكن عليه دين فصار كأن رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا فالوشرط ثلث الربح للمضارب والثلث لقضاء دين المضارب والثلث لرب المال ان الثلثين للمضارب والثلث لرب المال وكذا الوشرط ثلث الربح للمضارب والثلث لرب المال والثلث لقضاء دين رب المال ان الثلثين لرب المال والثلث للمضارب لان المشرط لقضاء دين كل واحد منهما مشروط له

**فصل** وأما شرائط الركن فبعضها يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب وبعضها يرجع الى رأس المال وبعضها يرجع الى الربح (اما) الذي يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب فأهلية التوكيل والوكالة لان المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكر شرائط أهلية التوكيل والوكالة في كتاب الوكالة ولا يشترط اسلامهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم والذمي والحر والمستأمن حتى لو دخل حر في دار الاسلام بأمان فدفع ماله الى مسلم مضارباً به أو دفع اليه مسلم ماله مضارباً به فهو جائز لان المستأمن في دار بمنزلة الذمي والمضارب به مع الذمي مضارب به جائزة فكذلك مع الحر والمستأمن فان كان المضارب هو المسلم فدخول دار الحرب بأمان فعمل بالمال فهو جائز لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصارت كأنهما في دار واحدة وان



كان المضارب هو الحرفى فرجع الى داره الحرفى فان كان غير ادنى رب المال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جائز  
و يكون على المضاربة ويكون الربح بينهما على مشروط ان يرجع الى دار الاسلام مسالما أو معاهدا أو بآمان استحسانا  
والقياس ان تبطل المضاربة (وجه) القياس انه لما عاد الى دار الحرب بطل أمانه وعاد الى حكم الحرب كما كان فبطل أمر  
رب المال عند اختلاف الدارين فاذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه (وجه) الاستحسان انه  
لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا  
اذا دخل بأمره بخلاف ما اذا دخل بغير أمره لانه لم يسلما باذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه  
فذلك الامر به وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فدفعت اليه حربي مالا مضارب بمائة درهم انه على قياس قول  
أبي حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا ربح أو وضع فلو ضيعة على رب المال والربح على ما اشترط  
ويستوفى المضارب مائة درهم والباقي لرب المال وان لم يكن في المال ربح الا مائة فهي كلها للمضارب وان كان أقل  
من مائة فذلك للمضارب أيضا ولا شيء للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط المائة الا من الربح فاما على  
قول أبي يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا فرع اختلافهم في جواز الربح في دار الحرب لما علم  
(وأما) الذي يرجع الى رأس المال فانواع (منها) أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدنانير عند عامة العلماء فلا يجوز  
المضاربة بالمعروض وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط ويجوز المضاربة بالمعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا  
في كتاب الشركة أن ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما يضمن لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى  
لو هلك قبل التسليم لاشي على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم  
عن ربح ما يضمن وما لا يتعين يكون مضمونا عند الشراء به حتى لو هلك العين قبل التسليم فعلى المشتري به ضمانه  
فكان الربح على ما في الذمة فيكون ربح المضمون ولان المضاربة بالمعروض تؤدي الى جهالة الربح وقت القسمة لان  
قيمة العروض تعرف بالحرز والظن وتختلف باختلاف القومين والجهالة تقضى الى المنازعة والمنازعة تقضى الى الفساد  
وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضا فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز  
لانهم يضيف المضاربة الى العروض وانما أضافها الى الثمن وانتم تصح به المضاربة فان باعها بمكيل أو موزون جاز البيع  
عند أبي حنيفة بناء على أصله في الوكيل بالبيع مطلقا أنه يبيع بالاثمن وغيره الا أن المضاربة فاسدة لانها صارت  
مضافة الى مالا تصح المضاربة به وهو الخطة والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع مطلقا لا يملك  
البيع بغير الاثمن ولا تقسم المضاربة لانهما تصير مضافة الى مالا يصلح به رأس مال المضاربة (وأما) تبر الذهيب  
والفضة فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدنانير والا مرفيه  
موكول الى التعامل فان كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به  
فهو كالعروض فلا يجوز المضاربة به (وأما) الزبوف والنهرجة فتجوز المضاربة به اذا ذكر محمد رحمه الله لانها  
تتبع بالعقد كالجديد (وأما) المستوفة فان كانت لا تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس وذكر  
ابن سماعه عن أبي يوسف في الدراهم التجارية لا يجوز المضاربة بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو  
أجزت المضاربة بينهما أجزتها بمكة بالطعام لانهم يتبايعون بالخطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس (وأما) الفلوس فقد ذكرنا  
الكلام فيها في كتاب الشركة فالأصل أن في جواز المضاربة بها روايتين عن أبي حنيفة ذكر محمد في المضاربة  
الكبيرة في الجامع الصغير وقال لا يجوز المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند أبي حنيفة وروى الحسن عنه أنها تجوز  
والصحيح من مذهب أبي يوسف أنها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت ائمانا  
كالدراهم والدنانير وعند أبي حنيفة وأبي يوسف تتعين فكانت كالعروض (ومنها) أن يكون معلوما فان كان مجهولا  
لا تصح المضاربة لان جهالة رأس المال تؤدي الى جهالة الربح وكون الربح معلوما شرط تحية المضاربة (ومنها)

أن يكون رأس المال عين لا دين فان كان ديناً فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما اذا كان لرب المال على رجل  
دين فقال له اعمل يدني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف أن المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب  
وباعه لغيره وعليه وضيعته والدين في ذمته بخلاف عند أبي حنيفة وعندهما ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه  
وضيعته بناء على أن من وكل رجلا يشترى له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما  
في ذمته عنده واذا ما يصح الامر بالشراء على الذمة تصح إضافة المضاربة الى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل  
ولكن لا تصح المضاربة لان الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالمعروض لانه يصير في التقدير  
كأنه موكل بشراء المعروض ثم دفعه اليه مضاربة فتصير مضاربة بالمعروض فلا تصح ولو قال لرجل اقبض مالي على  
فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز لان المضاربة هنا أضيفت الى المقبوض فكان رأس المال عينا لا ديناً ولو  
أضاف المضاربة الى عين هي أمانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير بان قال له ودع أو المستبضع اعمل بما في يدك  
مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان أضافها الى مضمونة في يده كالدرهم والدنانير المقصوبة فقال للغاصب  
اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن بن زيد وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله أن المضاربة  
تقتضي كون المال أمانة في يد المضارب والمقبوض مضمون في يده فلا تحقق التصرف للمضاربة فلا يصح ولا ي  
يوسف أن ما في يده مضمون الى ان يأخذ في العمل فإذا أخذ في العمل وهو الشراء تفسير أمانة في يده فيتحقق معنى  
المضاربة فتصح وسواء كان رأس المال مفروزا أو مشاعا بن دفع مالا الى رجل بعينه مضاربة بعينه غير مضاربة  
مشاعا في المال فالمضاربة جائزة لان الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضارب تمكن من التصرف في المشاع  
وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضارب اذا ربح يصير شريكاً في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فاذا  
لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا دفع الى رجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة  
ان ذلك جائز أما جواز المضاربة فلما قلنا وأما جواز القرض في المشاع وان كان القرض تبرعاً والشيء يمنع تحية التبرع  
كالهبة فلان القرض ليس تبرعاً مطلقاً لانه وان كان في الحال تبرعاً لانه لا يقابل به عوض لخالف فهو تملك المال بعوض  
في الثاني الا ترى ان الواجب فيه رد المثل لا رد العين فلم يكن تبرعاً من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة فانها  
تبرع محض فعمل الشيوع فيها واذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب لانه ربح ملكه وهو  
القرض ووضيعة عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على مشروط لانه ربح مستفاد مال المضاربة ووضيعة  
على رب المال ولا يجوز قسمة أحدهما دون صاحبه لانه مال مشترك بينهما فلا ينفرد أحدهما بشريكه بقسمته  
قالوا ولو كان قال له خذ هذه الالف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الاخر مضاربة على أن الربح  
لي فهذا مكرول لانه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جرفعا  
فان عمل على هذا فرع أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضعية (أما) الربح فلان المضارب ملك نصف المال  
بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الاخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال (وأما) الوضعية فلانها  
جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضعية على قدره ولو قال خذ هذه الالف على أن نصفها مضاربة بالنصف  
ونصفها هبة فقبضها المضارب على ذلك غير منسوم فالهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فان عمل في المال  
فربح كان نصف الربح للمضارب حصه الهبة ونصف الربح بينهما على مشروط والوضعية علمها أما نصف الربح  
للمضارب حصه الهبة فلانه ثبت الملك له فيه اذا قبض بعقد فاسد فكان ربحه له وأما النصف الاخر فانهما يكون ربحه  
بينهما على الشرط لانه استفيد بمال المضاربة مضاربة تحيية (وأما) كون الوضعية علمها فلا جناح هالك من  
المال والمال مشترك فان هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعد ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لانه  
مقبوض بعقد فاسد فكان مضمونا عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة





فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ماسيما من المضاربة والبضاعة والوضعية على رب المال ونصف الربح  
 لرب المال ونصفه على ما شرط لان الاشاعة لا تمنع من العمل في المال مضاربة وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة  
 وانما كانت الوضعية على رب المال لانه لا ضمان على المبيع والمضارب في البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة  
 من الربح لرب المال خاصة لان المبيع لا يستحق الربح وحصة المضاربة بينهما على ما شرط الا ان يربح حصل من  
 مال المضاربة والمضاربة قد حلت فيكون بينهما على الشرط ولودفع اليه على أن نصفها وديعة في بد المضارب ونصفها  
 مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال في بد المضارب على ماسيما لان كل واحد منهما أعني الوديعة والمضاربة أمانة فلا  
 يتنافيان فكان نصف المال في بد المضارب وديعة ونصفه مضاربة الا أن التصرف لا يجوز الا بعد التسمية لان كل جزء  
 من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة والتصرف في الوديعة لا يجوز فان قسم المضارب المال نصفين ثم عمل باحد  
 النصفين على المضاربة فربح أو وضع فالوضعية عليه وعلى رب المال نصفان ونصف الربح للمضارب ونصفه على  
 ما شرط لان قسمة المضارب المال لم تصح لان المالك لم يأذن له فيها فاذا افترس بعضه فقد تصرف في مال الوديعة ومال  
 المضاربة فاما كان في حصة الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان في حصة المضاربة فهو على الشرط ومن  
 هذا الجنس ما اذا دفع الى رجل متاعا فباع نصفه من المدفوع اليه بخساية ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثمن  
 كله مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخساية ثم عمل بها  
 وبالثمن التي التي عليه فربح في ذلك أو وضع فالوضعية عليهما نصفان والربح بينهما نصفان في قياس قول أبي حنيفة رحمه  
 الله لان من مذهبه أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشتري له بذلك الدين شيئا لا يصح والمشتري يكون للمأمور  
 لا للأمر ويكون الدين على المأمور حالة وإذا كان كذلك فهما أمران يعمل بالدين ونصف ثمن المباع فربح  
 في حصة الدين فهو للمدفع اليه لانه تصرف في ملك نفسه فيكون ربحه له وما ربح في نصيب الدافع فهو للدافع  
 والوضعية عليهما لان المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما (وأما) في قياس قول أبي يوسف ومحمد فقد ربح  
 في الخساية التي أمره أن يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما نصفان على ما شرط وما ربح في النصف الذي عليه من الدين  
 يكون لرب المال لان من أصلهما أن الأمر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لانه اذا اشترى صار عروضا  
 والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة هنا جائزة في النصف فاسدة في النصف فالربح في الصحيحية يكون  
 بينهما على الشرط وفي الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث والمضارب الثلثين والمسئلة بحالها  
 فان في قول أبي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما شرط نصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب  
 الدافع كانه قال له اعمل في نصيبك على أن الربح لك واعمل في نصيبك على أن لك ثلث الربح من نصيب (وأما) على  
 قياس قولهما فقد دفع اليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فربح في النصف الذي كان ديناً فهو لرب المال  
 لانه مضاربة فاسدة وما ربح في النصف الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرط فصار لرب المال ثلثا الربح  
 وللمضارب الثلث وان كان شرط لرب المال ثلث الربح والمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان في قول أبي حنيفة لان  
 رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة من غير عمل ولا رأس مال  
 باطل فيكون الربح على قدر المال وفي قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصة لان المضاربة فيه فاسدة وللمضارب  
 ثلث ربح النصف الآخر (ومنها) تسليم رأس المال الى المضارب لانه أمانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخليه كالوديعة  
 ولا يصح مع بقاء الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاءه حتى لو شرط بقاءه للمالك على المال فسدت المضاربة لما  
 قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فانها تصح مع بقاءه حتى لو شرط بقاءه للمالك على المال فسدت المضاربة لما  
 من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل الا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطاً  
 موافقاً لمقتضى العقد بخلاف الشركة لانها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض

مقتضى العقد وكذا الوشرط في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل لان  
 شرط عمله به شرط بقاءه على المال وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال الى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به  
 على العمل أو دفع اليه المال بضاعة جاز لان الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقداً  
 أو غير عاقداً لا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى ان الاب أو الوصي اذا دفع مال الصغير مضاربة  
 وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة لان يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم وكذلك أحد شريكي المفاوضة  
 أو العنان اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان شريكه فيه ملكا فيمنع التسليم (فاما) العاقد  
 اذا لم يكن مال كالمالك فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب فان كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم يفسد  
 المضاربة كالأب والوصي اذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط أن يعمل مع المضارب يجوز من الربح لانهما لو أخذوا  
 مال الصغير مضاربة بتاتسبهما جاز فكذا اذا شرط عملهما مع المضارب وصار كالأجنبي وان كان العاقد ممن لا يجوز  
 أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كالأذن اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمله مع المضارب لان  
 المأذون وان لم يكن مال كاربعة المال فيد التصرف نابتة له عليه فيزيل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام  
 يده ما نعمان التسليم والقبض فيمنع صحة المضاربة وان شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة  
 فاسدة لان المولى هو المالك للمال حقيقة فاذا حصل المال في يده فقد وجد به المالك فيمنع التسليم وان كان عليه دين  
 فالمضاربة جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك هذا المال فصار كالأجنبي (وأما) المكاتب  
 اذا شرط عمل مولاه لم يفسد المضاربة لان المولى لا يملك اكساب مكاتبه وهو فيها كالأجنبي ولودفع الى انسان  
 مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الاول الى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل  
 معه رب المال فالمضاربة فاسدة لان اليد للمضارب والمالك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم وقد قالوا في المضارب  
 اذا دفع المال الى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولى على حالها جائزة والربح بين  
 رب المال وبين المضارب على ما شرط في المضاربة الاولى ولا أجر لرب المال (أما) فساد المضاربة الثانية فلان يد  
 رب المال يملك ويد المالك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية وبقيت المضاربة الاولى على  
 حالها ولم يذكر القدوري رحمه الله في شرحه مختصر الكرخي خلافاً وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن  
 هذا مذهب أصحاب الثلاثة وعند زفر رحمه الله تنسخ المضاربة الاولى بدفع المال الى رب المال والرد عليه (وجه)  
 قوله أن زوال يد رب المال شرط صحة المضاربة فكانت إعادة يده اليه مفسدة لها (ولنا) أن رب المال يصير معيناً  
 للمضارب والاعانة لا توجب اخراج المال عن يده فيبقى العقد الاول ولا أجر لرب المال لانه عمل في ملك نفسه فلا  
 يستحق الاجر (وأما) الذي يرجع الى الربح فانواع (منها) اعلام مقدار الربح لان المعتقد عليه هو الربح وجهالة  
 المعتقد عليه توجب فساد العقد ولودفع اليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح  
 بينهما نصفان لان الشركة تقتضي المساواة قال الله تعالى عز شأنه وهم شركاء في الثلث ولوقال على أن للمضارب شركاً  
 في الربح جاز في قول أبي يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة (وجه) قول محمد أن الشركة هي  
 النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك في السموات أي نصيب وقال تعالى وما لهم فهمان شرك أي نصيب فقد جعل  
 له نصيباً من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولاً (وجه) قول أبي يوسف أن الشرك بمعنى الشركة يقال شركته  
 في هذا الامر اشركه شركته وشركا قال القائل

وشاركنا قر يشافي بقاها « وفي أحسابها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضاً لکن في الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيجعل عليها (ومنها) أن يكون المشروط  
 لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءاً نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً فان شرطاً عدداً مقدراً بان



شرط أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز المضاربة فاسدة لأن المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا شرط بوجوب قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح المضارب الا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطاً أن يكون لأحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم أو قالوا مائة درهم فانه لا يجوز كما ذكرنا أنه شرط يقطع الشركة في الربح لانه اذا شرط لأحدهما النصف ومائة فمن الجائز أن يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمضارب وله اذا شرط له النصف المائة فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شيء من الربح ولو شرط في العقد أن تكون الوضعية عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل في الشرط القاسد اذا دخل في هذا العقد أنه بنظر ان كان يؤدي الى جهالة الربح بوجوب فساد العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه بوجوب فساد العقد وان كان يؤدي الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة بشرط الوضعية عليهما بشرط فاسد لان الوضعية جزء هلك من المال فلا يكون الا على رب المال لانه يؤدي الى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد ولان هذا عقد تقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع الى المعقود عليه كالهبة والرهن ولا نكاح وكالة والشرط القاسد لا يعمل في الوكالة وذكر محمد في المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة تحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط وذكر في المزارعة اذا دفع اليه أرضه بثلاث الخارج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالمرارعة باطلة من أصحاب من قال في المسئلة روايتان رواية كتاب المزارعة تقتضي فساد المضاربة لان الشروط للمضارب من المشاهدة معقود عليه وهو قاطع عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفي رواية كتاب المضاربة يقتضي أن تصح المضاربة لانه عقد على ربح معلوم فما لحق به شرط فاسد فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المسئلتين لان معنى الاجازة في المزارعة أظهر منه في المضاربة بتدليل أنها لا تصح الاجتمعة معلومة والمضاربة لا تقتصر حتمها الى ذكر المدة فالشرط القاسد جاز أن يؤثر في المزارعة ولا يؤثر في المضاربة وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع ألفاً مضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع اليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو دار ليسكنها سنة فالشرط باطل والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرط فاسد لا تقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجره الدار والأرض فصارت حصصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروى المولى عن أبي يوسف في رجل دفع مالا الى رجل مضاربة على أن يبيع في دار رب المال أو على أن يبيع في دار المضارب كان جائزاً ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب فهذا لا يجوز لانه اذا شرط البيع في أحد الدارين فتماخص البيع بمكان دون مكان ولم يعتد على منافع الدار واذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة أجراً له وأطلق أبو يوسف أنه لا يجوز ولم يذكر أنه لا يجوز الشرط أولاً لا يجوز المضاربة وذكر القندوري رحمه الله أنه ينبغي أن يكون القاسد في الشرط لا في المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحاب وعند الشافعي رحمه الله هي مضاربة فاسدة وله أجره مثل ما اذا عمل (وجه) قوله أن المضاربة عند شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطاً فاسداً (ولنا) أنه اذا لم يمكن تصحيحهما مضاربة تصحح قرضاً لانه أي بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيه وعلى هذا اذا شرط جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع

**فصل** في ما يبان حكم المضاربة بالمضاربة لا تخلو اما أن تكون صحيحة أو فاسدة ولكل واحد منهما أحكام أطا أحكام الصحيحة فكثيرة بعضها يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة وبعضها يرجع الى عمل المضارب ولكل واحد منهما أن يعمل وما ليس له أن يعمل وبعضه يرجع الى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب

المال للمال (أما) الذي يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشتري المضارب به شيئاً أمانة في يده بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فاذا اشترى به شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لانه تصرف في مال الغير بأمره وهو معنى الوكيل فيكون شراءه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف في الوكيل بالبيع المطلق ولو اشترى شراء فاسداً بملك اذا قبض لا يكون مخالفاً ويكون الشراء على المضاربة وكذا اذا باع شيئاً من مال المضاربة ببيعاً فاسداً لا يصير مخالفاً ولا يضمن لان المضاربة توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقاً عليك الصحيح والقاسد فلا يصير مخالفاً فاذا ظهر في المال ربح صار شريكاً فيه بحد حصته من الربح لانه ملك جزاً من المال المشروط بعمله والباقي لرب المال لانه نعمة ماله فاذا فسدت بوجه من الوجود صار بمنزلة الاجير لرب المال فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضموناً عليه ويكون ربح المال كله بعد ما صار مضموناً عليه لانه الربح بالضمان لكنه لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له وهو على اختلافهم في الغاصب والمودع اذا تصرف في المعصوب والوديعة وربحاً ولو أراد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب فالحيلة في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه الى المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض عليه واذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب الادرهما واحداً ويسلمه اليه ويشهد على ذلك ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعمل جميعاً وشرطاً أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده كان القرض على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط (وأما) الذي يرجع الى عمل المضارب بماله أن يعمل بالعقد وما ليس له أن يعمل به فجملة الكلام فيه أن المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة بمن غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله والمقيدة أن يعين شيئاً من ذلك وتصرف المضارب في كل واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام قسم منه للمضارب أن يعمل من غير الحاجة الى التنصيص عليه ولا الى قول اعمل برأيك فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له اعمل فيه برأيك الا بالتنصيص عليه وقسم منه ماله أن يعمل اذا قيل له اعمل فيه برأيك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن يعمل رأساً وان نص عليه (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمل من غير التنصيص عليه ولا قول اعمل برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيود وهي ما اذا قال له خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشتري به ويبيع لانه امره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراءه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشتري أو باقل من ذلك مما يتغابن الناس في مثله لانه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشترياً لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء (وأما) بيعه فعلى الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم في التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع نقد أو نسيئة وبغير فاحش في قول أبي حنيفة رحمه الله فالمضارب أولى لان المضاربة أعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس في مثله وهي من مسائل كتاب الوكالة وله أن يشتري ما بدله من سائر أنواع التجارات في سائر الامكنة مع سائر الناس لا طلاق العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان الابضاع من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والابضاع طريق الى ذلك ولانه يملك الاستئجار فالابضاع أولى لان الاستئجار استعمال في المال بموضع والابضاع استعمال فيه بغير عوض فكان أولى وله أن يودع لان الابداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن



يستأجر من يعمل في المال لأنه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضا لأن الإنسان قد لا يتمكن من جميع الأعمال بنفسه فيحتاج إلى الاجير وله أن يستأجر البيوت ليجمع المال فيه لأنه لا يتدر على حفظ المال إلا به وله أن يستأجر السفن والدواب لتحمل لأن الحمل من مكان إلى مكان طريق يحصل الرخ ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل بالشراء والبيع لأن التوكيل من عادة التجار ولأنه طريق الوصول إلى المقصود وهو الربح فكان سبيل منه كالشريك ولأن المضاربة أعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشئ ما هو دونه بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة إلا إذا قيل له اعمل رأيك لأن المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع في ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الأولى والشئ لا يستتبع مثله وكل مال المضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره وكل مالا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالة على رب المال لأنه لا مالم يملك أن يعمل بنفسه فيوكيله أولى وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وأن يرهن بدين له منها على رجل لأن الرهن بالدين والارتهان من باب الايقاع والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بعد نهى رب المال عن العمل ولا بعد موته لأن المضاربة تبطل بالنهي والموت إلا في تصرف ينصرف به رأس المال والرهن ليس تصرفا ينصرف به رأس المال فلا يملك المضارب ولو باع شيئا وأخر اثنين جاز لأن التأخير للثمن عادة التجار وأما على أصل أي حنيفة عليه الرحه فلأن الوكيل بالبيع يملك تأخير اثنين فالمضارب أولى لأن تصرفه أعم من تصرف الوكيل لأن الوكيل بالبيع إذا أخر اثنين يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لأن المضارب يملك أن يستقبل ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداء فلم يضمن فأما الوكيل فلا يملك إلا قاله ثم البيع بالنسيئة فإذا أخر ضمن (وأما عند أبي يوسف فأنما جاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشتري السلعة أو يستقبل فيها ثم يبيعها نسيئة فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يحال بالثمن على رجل موسرا كان المحتال عليه أو معسر إلا أن الحوالة من عادة التجار لأن الوصول إلى الدين قد يكون أسير من ذمة الحال عليه منه من ذمة المحصيل بخلاف الوصي إذا احتال بمال اليتيم أن ذلك ان كان أصلح جاز والأفلا لا تصرف الوصي في مال اليتيم مبني على النظر وتصرف المضارب مبني على عادة التجار قال محمد وله أن يستأجر أرضا يبيضاء ويشتري ببعض المال طعاما فيزرع فيها وكذلك له أن يثقلها بالفرنس فيها نخلا أو شجرا أو رطباً فذلك كله جائز والرجح على ما شرط لأن الاستئجار من التجارة لأنه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملك المضارب والمضارب أن لا يسافر بالمال لأن المقصود من هذا العقد استئناء المال وهذا المقصود بالسفر أو فرولان العقد صد ومطلقا عن المكان فيجوز على إطلاقه ولأن ما أخذ الاسم دليل عليه لأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير قال الله تبارك وتعالى وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله ولأنه طلب الفضل وقد قال الله تعالى عز شأنه وابتغوا من فضل الله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف وفي رواية محمد عنه وفي رواية أنحباب الأملاء عنه ليس له أن يسافر وروى عنه أنه فرق بين الذي يثبت في وطنه وبين ماله حمل ومؤنة وبين ماله حمل ومؤنة وماله حمل ومؤنة في الشركة فالمضارب على ذلك وقد ذكرنا وجه كل واحد من ذلك في كتاب الشركة وقد قال أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا دفع إليه المال بالكوفة وهما من أهلها فإن أبا حنيفة قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان الدفع في مصر آخر غير الكوفة فالمضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة في كتاب الشركة (وأما وجه رواية أبي يوسف عنه فهو أن المسافر بالمال مخاطرة به فلا يجوز إلا بذن رب المال نصا أو دلالة فإذا دفع المال إليه في بلد فله أن يسافر نصا ولا دلة لم يكن له أن يسافر وإذا دفع إليه في غير بلد فله أن يسافر وجهد دلالة الأذن بالرجوع إلى الوطن لأن العادة أن الإنسان لا يأخذ المال مضاربة ويتركه بله فكان دفع المال في غير بلد هما رضا بالرجوع إلى الوطن فكان إذا دلالة وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية لأن الأذن بالتجارة

من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد أنه لا يملك ذلك بإطلاق المضاربة لأن الأذن بالتجارة أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله أن يبيعهم إذا اختتم دين سواء كان المولى حاضرا أو غائبا لأن البيع في الدين من التجارة فلا يقف على حضور المولى ولو جنى عبد المضاربة بأن قتل إنسانا خطأ وقيمته مثل مال المضارب بأن كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها عبد أقيمت ألف فقتل إنسانا خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء لأن الدفع أو القداء ليس من التجارة ولا يملك أيضا للمضارب في رقبته لا تدمم الفعل والتدبير في جنايته إلى رب المال لأن رقبته خالص ملكه ولا يملك للمضارب فيها بخلاف عبد المأذون إذا جنى أنه يخاطب المأذون بالدفع أو القداء مع غيبة المولى لأن العبد المأذون في التصرف كالحر لأنه يتصرف لنفسه كالححر بدليل أنه لا يرجع بالعهد على المولى ولو كان متصرفا للمولى أرجع بالعهد عليه فاما يرجع دل أنه يتصرف لنفسه وانما يظهر حق المولى في كسبه عند فراغه عن حاجته فإذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى في مخاطب بالدفع كالححر (فأما) المضارب فإنه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجع بالعهد عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق بين المسئلتين فإن اختار رب المال الدفع واختار المضارب القداء فله ذلك لأنه بالقداء يستتبع مال المضاربة وله فيه فائدة في الجملة لتوهم الربح ولو دفع رب المال أو فدى خرج العبد من المضاربة (أما) إذا دفع فلا شك فيسده لأن الدفع زال ملكه إلى بدل فصار كأنه هلك وإذا فدى فقد تزمه ضمان ليس من متتضيات المضاربة ولأن اختيار القداء دليل رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الرجوع لأن ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد ألتين فجنى جناية خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء إذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لا تخاطب الجناية على المضارب ولا على الغلام سييل إلا أن لهم أن يستوتقوا من الغلام بكفيل إلى أن يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو القداء إذا كان المضارب غائبا وليس لأحدهما أن يهدى حتى يحضر اجمعا فان فدى كان متطوعا بالقداء فإذا حضر ادفعوا أو فديا فان دفعا فليس لهما شئ وإن فديا كان القداء عليهما أربعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية (وجه) قوله أن نصيب المضارب لم يتعين في الربح لعدم تعيين رأس المال لأن التعيين بالقسمة ولم توجد في المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) أنه إذا كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد ولهذا أو أعتته نقذا عتاقه في نصيبه وإذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره (وأما) قوله أن حقه لم يتعين في الربح لعدم تعيين رأس المال فمنوع بل تعيين ضرورة لزوم القداء في نصيبه ولا يلزم الالبتعين حقه ولا يتعين حقه إلا بتعيين رأس المال ولا يتعين رأس المال إلا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة فإن اختار أحدهما الدفع والآخر القداء فلهما ذلك لأن كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غير أن في العبد المشترك إذا حضر أحد الشريكين وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو القداء وهما لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضر اجمعا لأن تصرف أحدهما يتضمن قسمه لأن المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو القداء والقسمة لا تصح إلا بحضورهما والدفع أو القداء من أحد الشريكين لا يتضمن قسمة ولا حكم في حق الشريك الآخر فلا يقف على حضوره وهذا بخلاف العبد المرهون إذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى جناية خطأ أنه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية فإن اختار أحدهما الدفع والآخر القداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الأمرين لأن الملك هناك واحد فاختلاف اختيارهما يوجب تبعيض موجب الجناية في حق مالك واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذي ليس برهن وهنا مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعيض موجب الجناية في حق مالك واحد وقد قالوا إذا غاب أحدهما وادعت الجناية على العبد لم تسمع البيعة حتى يحضر الا كل واحد منهما له حق العبد فكان التدبير في الجناية اليهما فلا يجوز سماع البيعة على أحدهما مع غيبة الآخر وانما أخذ بالعبد ككفيل لأنه لا يؤمن عليه أن يغيب فيستقط



حق ولي الجنابة لان حقه تعالى رقبته فكان له أن يستوفى حقه كغيره وحقوق العتق في الشراء والبيع ترجع الى المضارب لا الى رب المال لان المضارب هو الماقد فهو الذي يطالب بتسليم المبيع ويطالب بتسليم الثمن ويقبض المبيع والتمن ويرد العيب ويرد عليه ويخاصم ويخاصم الماقد ولو اشترى المضارب عبدا ميبا قد علم رب المال بمعيبه ولم يعلم به المضارب فلم يضارب أن رده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب أن رده لان حقوق العتق تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى عبدا فظهر به عيب فقال رب المال بعد الشراء رضيت بهذا العبد بطل الرد لان الملك لرب المال فاذا رضى به فقد أبطل حق نفسه ولو أن رب المال دفع اليه ألف درهم مضارباً على أن يشتري بها عبداً فلان بيعته فاشترى المضارب ولم يره فليس له أن يرد به بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لان أمره بالشراء بعد العلم رضاه منه بذلك العيب فكانه قال بعد الشراء قد رضيت بخلاف ما إذا أمره بشراء عبداً غير معين لانه لا يعلم انه يشتري العبد الميب لانه لا يحال حتى يكون علمه دلالة الرضا به وهل له أن يأخذ بالشفعة في دار اشتراها أجنبي الى جنب دار المضارب أو باع رب المال دار لنفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة فقيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى ولودفع المال الى رجلين مضارباً فليس لأحدهما أن يبيع ويشتري بغير إذن صاحبه ولا يعمل أحدهما شيئاً للمضارب الواحد أن يعمل سواء قال لهما اعملا برأيكما أو لم يقل لانه رضى برأيهما ولم يرض برأي أحدهما فصارا كالوكيلين وإذا أذن له الشريك في شيء من ذلك جاز في قولهم جميعاً لانه أذن له فقد اجتمع رأيهما فصارا كأنهما عقداً جميعاً (وأما) القسم الذي ليس للمضارب أن يعمل الا بالتصميم عليه في المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال ويكون ديناً على المضارب في ماله لان الاستدانة اثبات زيادة في رأس المال من غير رضارب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشتري رأس المال في باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم فإن المضارب يرجع الى رب المال مثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز ثم الاستدانة هي أن يشتري المضارب شيئاً بثمن دين ليس في يده من جنسه حتى انه لو لم يكن في يده شيء من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن كان اشترى برأس المال سلعة ثم اشترى شيئاً بالدراهم أو الدنانير لم يجز على المضاربة وكان المشتري له عليه ثمنه من ماله لانه اشترى بثمن ليس في يده من جنسه فكان مستديناً على المضاربة فلم تجز على رب المال وجاز عليه لان الشراء وجد نفاذاً عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وسواء كان اشترى بثمن حال أو مؤجل لانه لما اشترى بما ليس في يده من جنسه صار مستديناً على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان ما في يد المضارب من العبد أو العرض يساوي رأس المال أو أكثر فاشترى شيئاً للمضاربة بالدراهم والدنانير لبيع العرض ويؤدي ثمنه منها لم يجز سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً لما ذكرناه استدانته ولو باع ما في يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك في يده قبل حل الاجل لم ينفع بذلك لانه لما خالف في حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له لانه لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال الذي في يده لان الزيادة تكون ديناً وليس في يده من مال المضاربة بما يؤديه حتى لو اشترى سلعة بالف درهم ومال المضاربة ألف كانت حصصة الألف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصصة ما زاد على الألف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه في ماله لانه يملك الشراء بألف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة ويملك الشراء لنفسه فوق له وكذا اذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم في يده فليس له أن يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل اذا لم يكن في يده شيء من ذلك لان الشراء بغير المال يكون استدانته على المال ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل أو موزون فاشترى ثوباً أو عبداً بمكيل أو

موزون موصوف في الذمة كان المشتري للمضارب لان في يده من جنسه فلم يكن استدانته ولو كان في يده درهم فاشترى سلعة بدراهم سيئة لم يكن استدانته لان في يده من جنسه ولو كان في يده درهم فاشترى بدنانيراً أو كان في يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه فيكون استدانته كالأشترى بالعرض (وجه) الاستحسان ان الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لانهما أثمان الاشياء بهما تقدر النفقات وأروش الجنائيات وقيمة المتلفات ولا يتعدى نقل كل واحد منهما الى الآخر فكانا بمنزلة شيء واحد فكان مشترياً بثمن في يده من جنسه وكذلك لو اشترى ثمن هو من جنس رأس المال لكنه يخالف في الصفة بان اشترى بدراهم بيض ورأس المال دراهم سود أو اشترى بصحاح ورأس المال غلة أو اشترى بدراهم سود ورأس المال دراهم بيض أو اشترى بدراهم غلة ورأس المال صحاح فذلك جائز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شيء من ذلك على المضاربة ويكون استدانته ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمدان اشترى بمصافته اتقص من صفة رأس المال جاز وهذا يشير الى أنه لو اشترى بمصافته أو يده من صفة رأس المال انه لا يجوز على المضاربة (وجهه) انه اذا اشترى بمصافته اتقص من صفة رأس المال كان في يده ذلك القدر الذي اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاز واذا اشترى بمصافته أكمل لم يكن في يده القدر الذي اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لانه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى لان تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس ولو كان رأس المال ألف درهم فاشترى سلعة بالف أو بدنانيراً أو بفلس قيمة ذلك ألف لا يملك أن يشتري بعد ذلك على ألف المضاربة شيئاً بالف أخرى أو غير ذلك لان مال المضاربة كان مستحقاً بالثمن الاول فلو اشترى بعد ذلك لصار مستديناً على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أولاً بعد الخمسة لانه لا يملك بعد ذلك أن يشتري الا بقدر خمسة لان الخمسة خرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق رأس المال لان ذلك صار مستحقاً من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فاذا اشترى بأكثر مما بقي صار مستديناً على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى ونصرف في مال المضاربة فحصل في يده صنوف من الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن في يده درهم ولا دنانير ولا فلس فليس له أن يشتري متاعاً بثمن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبداً بكر حنطة موصوفة فان اشترى بكر حنطة وسط وفي يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفي يده جاز وان كان في يده أجود مما اشترى به أو أدون لم يكن للمضاربة وكان للمضارب لانه اذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستديناً على المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف الصفة هنا كاختلاف الصفة في الدراهم لان اختلاف الجنس هناك بين الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلاف الصفة أولى لانه دونه واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة ثم في جميع ما ذكرناه أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما اذا قال رب المال اعمل برأيك أو لم يقل لان قوله اعمل برأيك تفويض اليه فيها هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة فلا يملك المضارب الا باذن رب المال بها نصاً ثم كلاً لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة نياتاً ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو قتلها كان متطوعاً في ذلك كله لانه اذا لم يبق في يده شيء من رأس المال صار بالاستئجار مستديناً على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقد لنفسه متطوعاً في مال الغير كالوحد متاع الغير أو قصر ثيابا لغيره بغير أمره وقال محمد وكذلك اذا صيغها سوداً من ماله فنقصها ذلك لان الاستدانة لا تجوز ولا يصير شريراً بالسود لانه لم يوجب في العين زيادة بل أوجب نقصاناً فيها ولا يضمن بفعله سواء قال له اعمل برأيك أو لم يقل لانه ما ذون فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان في يده فضل فصيغ الثياب به سوداً



فتقصها ذلك لم يضمن وكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بمصفر أو زعفران أو صبغ بزبد فمها وليس في يده من مال المضاربة شيء فان كان لم يقل العمل برأيك فهو ضمان ورب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم اليه المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيتصرف فيه رب المال بقيمته أبيض وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فاصاب المتاع فهو مال المضاربة وما زاد الصبغ فالمضارب خاصة لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربة والمضارب اذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برأيك يضمن وصار كاجنبي خلط المال ولو صبغ الثياب اجنبي كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة وتضارب باثنتها على الشركة كذا هذا وان كان قال له اعمل برأيك فلا ضمان عليه لانه اذا قال ذلك فله ان يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ملكه فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض فما اصاب ذلك كان في المضاربة وما اصاب الصبغ كان للمضارب واذا اذن للمضارب ان يستدين على مال المضاربة جاز له الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشتري بينهما نصفين لانه لا يمكن ان يجعل المشتري بالدين مضاربة لان المضاربة لا تجوز الا في مال عين فتجعل شركة وجوه ويكون المشتري بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضي التساوي وسواء كان الربح بينهما في المضاربة نصفين أو أثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربة وقد بينا في كتاب الشركة أنه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه الا بشرط التفاضل في الضمان فان شرط التفاضل في الضمان كان الربح كذلك وان اطلقا كان المشتري نصفين لا يجوز فيه التفاضل في الربح واذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن ديناً عليهما من غير مضاربة فلا يملك المضارب ان يرهن به مال المضاربة الا باذن رب المال فان اذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد اعاره نصف الرهن ليرهن بدينه وان هلك صار مضمونا عليه وليس له ان يترض مال المضاربة لان القرض تبرع في الحال اذ لا يقابله عوض للحال وانما يصير مبادلة في الثاني ومال الغير لا يحتمل التبرع وكذلك الهبة والصدقة لان كل واحد منهما تبرع ولا يأخذ نتيجة لان اخذها استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذا لا يعطى سبنتجة لان اعطاء السبنتجة اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتخصيص عليه هكذا قال محمد عن أبي حنيفة أنه قال ليس له ان يترض ولا ان يأخذ سبنتجة حتى يأمر بذلك بعينه فيقول له خذ السفائح واقرض ان احببت فاما اذا قال له اعمل في ذلك برأيك فانما هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربة واخلط المال وهذا قول أبي يوسف وقولنا لما ذكرنا ان قوله اعمل في ذلك برأيك تفويض الرأي اليه في المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة وكذا الاستدانة بل هي عند الاذن شركة وجوه وهي عقد آخر وراء المضاربة وهو انما فوض اليه الرأي في المفاوضة خاصة لا في عقد آخر لا تعلق لهما فلا يدخل في ذلك وليس ان يشتري بما لا يتعاقب الناس في مثله وان قال له اعمل برأيك ولو اشتري يصير مخالفا لان المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو ان يكون بمثل القيمة أو بمائة ما بين الناس في مثله ولان الشراء بمال لا يتعاقب في مثله بحاباة والحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة بدلين في ذمة المفلس فكان في معنى التبرع ولا نه ليس بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة العتق بالمال وليس له ان يكتب لان الكتابة ليست بتجارة لا تعاد مبادلة المال بالمال لهذا لا يملك المأذون له في التجارة وليس له ان يعتق عبداً من المضاربة اذا لم يكن في نفس العبد فضل عن رأس المال فان اعتق لم ينفذ لان العقد السابق لا يفيد ولا نه لا يملك الاعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فلا عتاق بغير مال أولى ولا ملك للمضارب في العبد ما لا ينفذ اعتاقه وسواء كان في يد المضارب مال آخر سوى العبد أو لم يكن لان العبد اذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه لم يتعين للمضارب فيه حق لانه مشغول برأس المال بدليل أنه لو هلك ذلك المال يصير العبد رأس المال وان كان في نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز اعتاقه في قدر حصته من الربح لانه اذا كان قيمته أكثر من رأس

المال فندم للمضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه في قدر نصيبه كعبد بين شريكين اعتقه أحدهما وكذلك ان كاتب عبد آمن المضاربة أو اعتقه على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يجز وان كان فيه فضل كان كعبد بين شريكين اعتقه أحدهما على مال فاذا قبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار ولرب المال فسخ الكتابة قبل الاداء لانه لا يتضرر به في الحال وفي الثاني أما في الحال فلا يتمتع عليه بيع نصيبه وهبته مادام شيء منه فكذا هذا (وأما الثاني) فلانه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقي على رب المال فاكد دفع هذا الضرر بالفسخ لان الكتابة قابلة للفسخ فله ان يفسخ كأحد الشريكين اذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشريكه نقض بيعه وان باع ملك نفسه ان الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى أراد ان يقسم الدار يحتاج الى قسمين قسمة البيت مع المشتري وقسمة قيمة الدار مع الشريك الاول ويتضرر فكان له نقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا هذا بخلاف ما اذا دار بالمضارب نصيبه أو اعتق انه ينفذ وان كان يتضرر به رب المال لان الضرر انما يدفع اذا أمكن وهناك لا يمكن لان التدبير والاعتاق تصرفان لا يمتثلان الفسخ بخلاف الكتابة فان أدى الكتابة قبل الفسخ عتق لوجود شرط العتق وهو الاداء الا ان رب المال ان يأخذ مما أداه المكاتب قدر حصته من المؤدى لانه كسب عبد مشترك بينهما وكذلك اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب عبد من قيمة كل واحد منهما ألف فاعتق أحدهما لانه لا يجوز اعتاقه عند أحبابنا الثلاثة وعند زفر يجوز اعتاقه في نصيبه منه لان رأس المال ليس الا ألف فزاد على ذلك يكون ربها ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه في نصيبه (ولنا) انه لم يتعين للمضارب ملك في أحد العبدين لان كل واحد منهما يجوز ان يكون رأس المال والاخر ربها فليس أحدهما بأن يجعل رأس المال والاخر ربها أولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولان حق المضارب لا يتعين في الربح قبل تعيين رأس المال ورأس المال لم يتعين الا بتعيين ملك المضارب في الربح وكذلك لو كان في يد المضارب عشرة وعبد اقيمة كل واحد منهم ألف درهم ورأس المال ألف درهم انه لا يجوز عتقه في واحد منهم لانه لا يتعين للمضارب في واحد منهم ملك لان كل واحد منهم يصلح ان يكون هو رأس المال فاذا لم يملك شيأ منهم لا ينفذ اعتاقه من مشايخنا من قال هذا على أصل أبي حنيفة ان العبيد والجواري لا يقسمون قسمة واحدة بل كل شخص يقسم على حدة لان العبيد والجواري بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الاموال ولا يتعين للمضارب ملك في الاجناس المختلفة من العروض ونحوها فأما على أصل أبي يوسف ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ اعتاقه في قدر نصيبه من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا لا يتفق لان عندهما انما يقسم القاضي قسمة واحدة اذا رأى القاضي ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الاجناس المختلفة لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبيد دون بيان الثمن بالاتفاق كالتوكيل بشراء ثوب لهذا لو كانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على أحدهما صدقة القطر بسببهم في عامة الروايات والاصل ان مال المضاربة اذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال انه يضم بعضه الى بعض ويتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال واذا كان من جنسين مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال لا يضم أحدهما الى الآخر فلا يتعين للمضارب في أحدهما ملك لاشتغال كل واحد منهما برأس المال وقد قالوا في هذه المسئلة ان رب المال لو اعتق العبيد نفذ اعتاقه في جميعهم لانه اذا لم يتعين للمضارب في واحد منهم ملك نفذ على رب المال فاذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصص المضارب فيهم سواء كان موسرا أو معسرا (أما الضمان) فلان المضارب وان لم يملك شيأ من العبيد فقد كان له حق ان يملك وقد أفسده عليه رب المال فيضمن وانما المستوى فيه اليسار والاعسار لانه اعتق الكل مباشرة ونفذ اعتاقه في الكل فصار متلفا للمال عليه بخلاف ضمان العتق لانه يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسرى الى نصيب الشريك على أصل أبي يوسف ومحمد لذلك اختلف فيه اليسار والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب عبدا من مال المضاربة فادعى انه ابنه انه ان لم يكن فيه فضل لم تجز دعوته وان



كان فيه فضل جازت دعونه وعق لان هذه دعوة تحرر وانما مبنية على الملك فاذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعونه وعق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله بان ورث نصيبه وانما كان كذلك لانه ادعى النسب ولا ملك له في الحال كانت دعونه موقوفة على الملك فاذا ازدادت قيمته فقد ملك جزاً منه فتذت دعونه فيه كمن ادعى النسب في ملك غيره ثم ملك انه تنفذ دعونه بخلاف ما اذا اعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا يتنفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق في ملك الغير لا يتوقف كمن اعتق ملك غيره ثم ملكه ولا ضمان على المضارب في ذلك لان العبد عتق من غير صنعه لانه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك اذا عتق على أحد الشرى بغير فعله لا يضمن للشرى شيئاً ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولداً يساوى ألفاً فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الأم أم ولده لانه ليس لاحدهما فضل على رأس المال هكذا ذكر الكرخي وذكر القدوري رحمه الله ان هذا محمول على انها علفت قبل أن يشتريها فاما اذا كان العلوق بعد الشراء فحكم المسئلة بتغير لان المضارب بغيرم العقر ما اذا استوفى هارب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقص رأس المال وصار تسعاً مائة فيتعين للمضارب ملك فيها جميعاً فتذت دعونه وبثت النسب واذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمة الام سبعاً مائة حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يغرم خمسين درهماً وهو تمام ما بقي من الام فظهر ان الولد يرجح بينهما فيعتق نصف الولد من المضارب ويسمى في النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب هو الصحيح وذكر محمد في الاصل مسألة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما اذا اشترى جارية بألف درهم تساوى ألفاً فولدت ولداً يساوى ألفاً فادعاه المضارب لم يثبت نسبه وبغرم العسر فان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين يثبت النسب من المضارب لانه ملك بعضه لظهور الرجح في الولد بزيادة قيمته فيعتق ربعه عليه ولا ضمان عليه لانه عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسمى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تصر أم ولد للمضارب مالم يستوف رب المال العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الرجح في الجارية حتى يصل الى رب المال شئ من المال فلا يملك شيئاً منها ولا حصة للاستيلاء بدون الملك ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت ألفين فان الجارية أم ولده لظهور الرجح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمته لرب المال وان لم يكن له صنع فيها لان ضماناً يضمن تلك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن يكون بفعله أو من طريق الحكم ولا يثبت نسب الولد من المضارب لانه لم يملك من الولد شيئاً مالم يأخذ رب المال شيئاً من رأس ماله ولو زادت قيمتهما جميعاً فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولده لانه ملك بعض كل واحد منهما لانه ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية ألفي درهم وعقر مائة درهم فظهر ان رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الربح ألفاً ومائة وللمضارب أن يستوفى من ربح الولد مقدار ألف ومائة فعق الولد منه بذلك المقدار وبقي من الولد مقدار تسعمائة ربح بينهما لان لكل واحد منهما أربعاً مائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقي الولد يرجح بينهما يسعى في نصف قيمته لرب المال ويستقط عنه النصف بحصة المضارب قال القدوري رحمه الله هذا الذي ذكره عيسى هو جواب محمد في المسئلة التي قدمناها اذا لم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس ما قال محمد في المسئلة الزيادة تجب أن يقول اذا لم تزد قيمتها ينبغي أن يغرم المضارب القوام مائة ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقي تسعمائة بينهما فمن أختارنا من قال القياس ما أجاب به في المسئلة التي لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يغرم بعد ما غرم تمام رأس ماله الا نصف ما بقي من الام لان نصف ما بقي من الام ربح بينهما فلا يجوز أن يغرم الكل والذي أجاب به في مسئلة الزيادة هو الاستحسان لان في غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق والرق اذا اجتماعت غلبت الحرية

الرق ومن أختارنا من قال انما افرقت المسئلان لوصفهما لان سبب العتق في مسئلة الزيادة بزيادة قيمة الولد وفي المسئلة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العقر فاما شارك رب المال المضارب في سبب عتقه أن يجتمع ربحه في الجارية (وأما) في المسئلة الاخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال الى الجارية لان المضارب قد ملكها وقد قيل أيضاً ان في تلك المسئلة انما قصد تكثير العتق وفي المسئلة الاخرى اذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق لان الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا في المضارب اذا اشترى جارية بألف فولدت ولداً يساوى ألفاً فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت الجارية أم ولده وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه لان دعونه صادفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة الى وقت العلوق ولا قيمة للولد في ذلك الوقت ولا فضل في المال فلا تجب عليه القيمة ولا العقر لانه وطئ ملك نفسه وليس له أن يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله يزوج الامة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسئلة في موضع آخر وروى ابن رستم عن محمد انه ليس له أن يزوج أمة من المضاربة لانه لا يملك أن يشتري شيئاً من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعتق على جارية المضاربة لنفسه فان تزوج باذن رب المال فهو جائز اذا لم يكن في المال ربح وقد خرجت من المضاربة أما الجواز فلانه اذا لم يكن في المال ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون (وأما) خروج الامة عن المضاربة فلان العادة ان من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضي العرض على البيع وابرارها المشتري وكان اتفاقهما على التزويج اخراجاً لها عن المضاربة ويحسب مقدار قيمتها من رأس المال لانه لما أخرجها من المضاربة صار كأنه استرد ذلك القدر من رأس المال وقد قال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان المضارب لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لبعده من المضاربة لان تصرف المضارب يختص بالتجارة والبروز ليس من التجارة وذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن يكون هذا قولهم لان عند أبي يوسف ان كان يملك تزويج الامة لا يملك تزويج العبد ولو أخذ المضارب نخلاً أو شجرة أو رطوبة معاملة على أن ينفق من المال لم يجز على رب المال وان كان قال له رب المال حين دفع اليه اعمل فيه برأيك لان الاخذ منه معاملة عند على منافع نفسه ومنافع شئ المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كالأجير نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الاتفاق لان ذلك ليس بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط في اجارة الخياط والصبيغ في الصباغة وكذا لا يعتبر قوله اعمل برأيك لما ذكرنا ان ذلك يفيد تفويض الرأي اليه في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عند على منافع نفسه ومنافع شئ المضارب لا يجوز أن يستحق بدله رب المال ولو أخذ أرضاً مزارعة على أن يزعمها فخرج من ذلك كان نصفين فاشترى طعاماً ببعض المزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان قال له اعمل برأيك وان لم يكن قال له اعمل برأيك لم يجز لانه يوجب حقاً لرب الارض في مال رب المال فيصير كأنه شارك بمال المضاربة وانه لا يملك الاشراك باطلاق العتق مالم يقل اعمل برأيك فاذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقرا اذا كان من قبل رب الارض والعمل على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا انه عند على منافع نفسه فكان له بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك اذا شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعة وانما البقر آلة العمل والا لتسرع مالم يقع عليها العقد ولودفع المضارب أيضاً بغير بذر مزارعة جازت سواء قال اعمل برأيك أو لم يقل لانه لم يوجب شركة في مال رب المال انما أجر أرضه والا جارة داخلية تحت عقد المضاربة والله عز وجل أعلم (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمل اذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره وان يشارك غيره في مال المضاربة بشركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بماله نفسه اذا قال لرب المال اعمل برأيك وليس له أن يعمل شيئاً من ذلك اذا لم يقل له ذلك أما المضاربة فلا ان المضاربة مثل المضاربة



والشيء لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضار به مثله ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا (وأما)  
الشركة فهي أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لأنها أعم من المضار به والشيء لا يستتبع مثله فافوقه أولى (وأما) الخلط  
فلا نه يوجب في مال رب المال حق الفير فلا يجوز إلا بأذنه وان لم يقبل له ذلك فدفع المضارب مال المضار به مضار به  
إلى غيره فنقول لا يخلو من وجوه أمان كانت المضاربتان حبيحتين وأمان كانتا فاسدتين وأمان كانتا أحداهما  
حبيحة والآخرى فاسدة فان كانتا حبيحتين فان المال لا يكون مضمونا على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني  
حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل بهلك أمانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضمونا بنفس  
الدفع عمل الثاني أو لم يعمل وإذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن أبي يوسف أيضا (وجه) قول زفر ان رب المال  
إذا لم يقبل للمضارب العمل برأيه لم يملك دفع المال مضار به إلى غيره فاذا دفع صار بالدفع مخالفا فصار مضمونا كالمودع إذا  
أودع (ولنا) ان مجرد الدفع ابداع منه وهو يملك ابداع مال المضار به فلا يضمن بالدفع وروى الحسن عن أبي  
حنيفة رحمه الله انه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثاني ويربح فاذا عمل به وربح كان ضامنا حين ربح وان عمل في  
المال فلم يربح حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه وروى محمد عن أبي يوسف أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني فاذا  
عمل ضمن ربح الثاني أو لم يربح وهكذا روى ابن سبابة والفضل بن غانم عن أبي يوسف وهو قول محمد رحمه الله  
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (وجه) قولهما انه لا عمل فقد تصرف  
في المال بغير إذن المالك فيتعين به الضمان سواء ربح أو لم يربح ولا يحنيفة لا يسيل إلى التضمن بالدفع لانه ابداع  
وايضاع ولا بالعمل لانه لم يربح فهو في حكم المبيع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لانه مجرد  
قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال بآثار المضارب الأول  
فصار الأول مخالفا فيضمن كالمخلط مال المضار به بغيره أو شارك به واذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس  
العمل على اختلافهم في ذلك فرب المال بالخيار ان شاء ضمن الأول وان شاء ضمن الثاني أما على أصل أبي يوسف  
ومحمد في المودع اذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما ما لان الأول تعدى بالدفع والثاني  
تعدى بالتبضع فصار عندهما كالمودع اذا أودع وأما على أصل أبي حنيفة في مسئلة المودعة فيحتاج إلى الفرق لان  
الضمان عنده على المودع الأول لا على الثاني وفي مسئلة المضار به أثبت له خيار تضمين الثاني لان المضارب الثاني  
يعمل في المال لمنفعة نفسه وهي الربح فكان عاملا لنفسه فجاز أن يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة  
الأول لحفظ المودعة فلم يضمن فان ضمن المضارب الأول لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضاربة بين الأول  
والثاني والربح على ما شرط لانه لا يقرر الضمان على الأول فتدملك المضمون وصار كأنه دفع مال نفسه مضار به إلى  
الثاني فكان الربح على ما شرط لان الشرط قد صح وان ضمن الثاني يرجع بما ضمن على الأول وصار حاصل الضمان  
على الأول لان الأول غره بالعقد فصار مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كمودع القاصب وهو ضمان  
كفالة في الحقيقة لان الأول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما اذا غصب رجل  
شيئا فرهنه فهلك في يد المرتهن فاختر المالك تضمين المرتهن انه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن  
(وجه) الفرق ان قبض المهرن شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين ان قبضه لم يصح فتبين ان الرهن لم يصح  
اذ لا صحة له بدون القبض فاما في المضاربة فيضمن الثاني ابطال القبض بعد وجوده لان المضار به عقد جائز  
فكان لبتائه حكم الابتداء كأنه ابتداء العقد بعد أداء الضمان فكان التضمن ابطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل  
المضاربة ألا ترى ان المضارب لو باع المال من رب المال لا يبطل المضاربة وان بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن  
على الراهن يبطل الرهن لذلك اقرقا وذكر ابن سبابة عن محمد انه يطيب الربح للأسفل ولا يطيب للأعلى على  
قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة لان استحقاق الأسفل بعمله ولا خطر في عمله فيطيب له الربح فاما الأعلى

فان يستحق الربح رأس المال والملك في رأس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له وان  
كانت فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الأول أجبر في مال المضار به والثاني أجبر في مال المضار به فصار كمن استأجر  
رجلا يعمل في ماله فاستأجره الا جبر رجلا وان كانت احداهما حبيحة والآخرى فاسدة فان كانت الأولى حبيحة  
والآخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثاني في المال لان المضارب الثاني أجبر  
الأول والا جبر لا يستحق شيئا من الربح فلم يثبت له شركة في رأس المال فلا يجب الضمان على الأول ولا على الثاني  
لانه لا ضمان على الا جبر وله أجر مثل عمله على المضارب الأول ولا مضارب الأول ما شرط له من الربح لوقوع  
المضاربة حبيحة وان كانت الأولى فاسدة والثاني حبيحة فكذلك لان الأول أجبر في مال المضار به فلاحق له في  
الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يزمه الضمان اذا الضمان انما يجب بآثار الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه ربح  
حصل في مضاربة فاسدة وللمضارب الأول أجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثاني على الأول  
مثل ما شرط له من الربح لانه عمل بمضاربة حبيحة وقد سمي له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل لرب  
المال العمل برأيه فاما اذا قل له العمل برأيه فله أن يدفع مال المضار به إلى غيره لانه فوض الرأي إليه وقد  
رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم اذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح فنقول جملة الكلام فيه ان رب المال  
لا يخلو اما ان كان أطلق الربح في عقد المضاربة ولم ينفذ إلى المضارب بان قال على ان مارزق الله تعالى من الربح فهو بيننا  
نصفان أو قال ما أطعم الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفان وأمان أضافه إلى المضارب بان قال على ان مارزقك الله تعالى  
من الربح أو ما أطعمك الله عز وجل من ربح أو على ان مارزقك الله تعالى من ربح أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم ينفذه  
إلى المضارب ثم دفع المضارب الأول المال إلى غيره مضاربة بالثلث فربح الثاني فثلث جميع الربح للثاني لان شرط  
الأول للثاني قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الأول فجاز شرطه للثاني فكان  
ثلث جميع الربح للثاني ونصفه لرب المال لان الأول لا يملك من نصيب رب المال شيئا فانصرف شرطه إلى نصيبه  
لا إلى نصيب رب المال فبقى نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح للمضارب الأول لانه لم يجعله  
لثاني فبقى له بالعقد الأول ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه كمن استأجر انسانا على  
خياطة ثوب بدرهم فاستأجره الا جبر من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل أجبره وقع له فكأنه عمل بنفسه  
كذا هذا ولودفع إلى الثاني مضاربة بالنصف فنصف الربح للثاني ونصفه لرب المال ولا شيء للمضارب الأول لانه  
جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثاني وصح جعله لانه مالك للنصف والنصف لرب المال بالعقد الأول  
وصار كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجره الا جبر من خاطه بدرهم ولودفعه إليه مضاربة بالثلثين  
فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثاني ويرجع الثاني على الأول بمثل سدس الربح الذي شرطه لان  
شرط الزيادة ان لم ينفذ في حق رب المال لما لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح فقد صح فيما بين الأول والثاني لان  
الأول غر الثاني بتسمية الزيادة والغر ورفى العقود من أسباب وجوب الضمان وهو في الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان  
الأول صار ملزما لسلامة هذا القدر للثاني ولم يسلم له فيغرم للثاني مثل سدس الربح ولا يصير بذلك مخالفا لان شرطه لم  
ينفذ في حق رب المال فالتحق بالعدم في حقه فلا يضمن وصار كمن استأجر رجلا خياطة ثوب بدرهم فاستأجر  
الا جبر من يخيطه بدرهم ونصف الربح لانه يضمن زيادة الاجرة كذا هذا ولودفع إلى المضارب فدفعه الأول مضاربة إلى  
غيره بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين فجميع ما شرط للثاني من الربح يسلم له وما شرط للمضارب الأول من الربح يكون  
بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الأول (وجه) الفرق ان هنا شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله  
تعالى للمضارب أو نصف ما ربح المضارب فاذا دفع إلى الثاني مضاربة بالثلث كان الذي رزق الله عز وجل المضارب  
الأول الثلثين فكان الثلث للثاني والثلثان بين رب المال وبين المضارب الأول نصفين لكل واحد منهما الثلث



واذا دفع مضارباً بالنصف كان ما رزقه الله تعالى للمضارب الاول النصف وكان النصف للثاني والنصف بينهما نصفين واذا دفع مضارباً بالثلثين كان الذي رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثاني والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس وفي الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك ينصرف الى كل الربح وكذلك ان يخلط مال المضارب به بماله نفسه لانه فوض الراي اليه وقد رأى الخلط واذا ربح قسم الربح على المالكين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضارب يكون بينهما على الشرط وكذلك ان يشارك غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضارب به مع حصصة المضارب من الربح فيستوفي مضارب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذي ليس للمضارب أن يعمل أصلاً ورأساً فشرائه مالا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه (أما) الاول فتحو شراء الميتة والدم والخمر وأم الولد والمكاتب والمذبر لأن المضارب به يتضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فلا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح أيضاً فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيئاً من ذلك كان مشتر بالنفسه لا للمضارب به فان دفع فيه شيئاً من مال المضارب به يضمن وان اشترى ثوباً أو عبداً أو عرضاً من العروض بشئ مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء على المضارب به لان المبيع هنا ماله بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسداً والاذن بالشراء المستفاد بعقد المضارب به يتناول الصحيح والفاسد (وأما) اذا كان الثمن ميتة أو دماً ما اشترى به لا يكون على المضارب به لان الميتة والدم لا يملك بالقبض أصلاً (وأما) الثاني فتحو أن يشتري داراً محرم من رب المال فلا يكون المشتري للمضارب به بل يكون مشتر بالنفسه لانه لو وقع شراؤه للمضارب به لعتق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشترى داراً محرم من نفسه فان لم يكن في المال ربح لم يكن الشراء على المضارب به لانه اذا كان في المضارب به ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقي لانه معتق البعض وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضارب به لما قلنا (وأما) المضارب به المقيسدة فكما حكم المضارب به المطلقة في جميع ما وصفنا لا تنافق الا في قدر القيد والاصل فيه ان القيد ان كان مفيداً ثبت لان الاصل في الشرط اعتبارها ما أمكن واذا كان القيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلامون عند شروطهم فيعتق بالمدكور ويبقى مطلقاً فيما رآه على الاصل المهود في المطلق اذا قيد ببعض المدكور انه يبقى مطلقاً فيما رآه كالعالم اذا خص منه بعضه انه يبقى عاماً فيما رآه وان لم يكن مفيداً لا يثبت بل يبقى مطلقاً لان ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم اذا عرفناهذا فتقول اذا دفع رجل الى رجل مالا مضارباً به على أن يعمل به في الكوفة فليس له أن يعمل في غير الكوفة لان قوله على ان من الفاظ الشرط وانه شرط مفيد لان الاماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذلك السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه في ذلك ان الاذن كان عدماً وانما يحدث بالعقد فيبقى راء ما تناوله العقد على أصل عدمه وكذلك لا يعطى بضاعة لمن يخرجها من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلا يملك الا ما يملك اولاً وان أخرجه من الكوفة فان اشترى بها وباع ضمن لانه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفاً فيضمن وكان المشتري لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وان لم يشتري بها شيئاً حتى ردها الى الكوفة يرى من الضمان ورجع المال مضارباً به على حاله لانه عاد الى الوفاق قبل تقرر الخلاف فيرأى عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو لم يردده حتى هلك قبل التصرف لانه لما لم يتصرف لم يتقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه ورد بعضه فاشتراه فهو له وما رجع على المضارب به لانه تقرر الخلاف في القدر المشتري وزال عن القدر المردود ولو دفع اليه على أن يعمل في سوق الكوفة فعلم في الكوفة في غير

سوقها فهو جاز على المضارب به استحساناً والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين (وجه) الاستحسان ان القيد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة صفقة واحدة فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال له اعمل به في سوق الكوفة أولاً تعمل به الا في سوق الكوفة فعلم في غير سوق الكوفة يضمن لان قوله لا تعمل الا في سوق الكوفة حجة له فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفي الفصل الاول ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله في السوق والشرط غير مفيد فلما ولو قال له خذ هذا المال يعمل به في الكوفة لم يجز له العمل في غير هالان في كلمة ظرف فتدغم الكوفة ظرفاً للتصرف الذي اذن له فيه فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفاً للتصرف وكذلك اذا قل له اعمل به في الكوفة لما قلنا ولان القاء من حر وف التعليق فتوجب تعليق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يجز التصرف في غيرها وكذلك اذا قل خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لان الباء حرف الصاق فتقتضي التصاق الصفقة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها ولو قال خذ هذا المال مضارباً به واعمل به في الكوفة فله أن يعمل به بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال مضارباً به اذن له في التصرف مطلقاً وقوله واعمل به في الكوفة اذن له بالعمل في الكوفة فكان له أن يعمل في أي موضع شاء كمن قال لغيره اعتق عبداً من عبيدي ثم قال له اعتق عبيدي سائلاً ان له أن يعتق أي عبد شاء ولا بتقيد التوكيل باعتناق سائلاً كذا هذا اذا مضارباً به توكيل بالشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال مضارباً به الى سنة جازت المضارب به عندنا وقال الشافعي رحمه الله المضارب به فاسدة (وجه) قوله انه اذا وقت للمضارب به وقتاً فيحتمل ان لا يجوز كونها في الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضارب به توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوي وقال لم يجز عند أصحابنا توقيت المضارب به بقياس قولهم في الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا وكل رجلاً ببيع عبده اليوم فباعه غداً جاز كالوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا في التوكيل اذا قيل له بعه اليوم ولا تبعه غداً ذلك ولم يكن له أن يبيعه غداً وكذا اذا قيل له على أن يبيعه اليوم دون غد ولو قال خذ هذا المال مضارباً به بالنصف على أن تشتري به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال تشتري به الطعام أو قال خذ هذا المال مضارباً به بالنصف في الطعام فذلك كله سواء وليس له أن يشتري سوى الطعام بالاجماع لما ذكرنا على أن ان للشرط والاصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره والقائه لتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله يشتري به الطعام تفسير التصرف المأذون به وقوله في الطعام في كلمة ظرف فاذا دخلت على مالا يصلح ظرفاً لتفسير معنى الشرط وكل ذلك يقتضي التقيد بالشرط المذكور وانه شرط مفيد لان بعض أنواع التجارة يكون أقرب الى المقصود من بعض وكذا الناس مختلفون في ذلك فتدبى الى انسان الى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيداً فيقتد به ولا يملك أن يشتري غير الطعام والطعام هو الخنطة ودقيقها اذا برأه كل ما يتطعم به البعض دون البعض والامر يختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام في عرفهم لا ينطلق الا على الخنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنساً آخر بان قال له خذ هذا المال مضارباً به بالنصف على أن تشتري به الدقيق أو الخبز أو البر أو غير ذلك ليس له أن يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له أن يشتري ذلك الجنس في المصر وغيره وان يبيع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمل المضارب في المضارب به المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشياء يبقى على اطلاقه فيما وراءه وقال ابن سماعه سمعت محمد أقال في رجل دفع الى رجل مالا مضارباً به فقال له ان اشتريت به الخنطة فلك من الربح النصف والى النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث والى الثلثان فقال هذا جائز وله أن يشتري أي ذلك شاء على ما سمي له رب المال لانه خيره بين عملين مختلفين فيجوز لكل واحد الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية ولودفع اليه على انه ان عمل في المصر فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرط ان عمل في المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى في المصر وباع في السفر أو اشترى في السفر وباع في المصر فقد روى عن محمد انه قال المضارب به في هذا على الشراء فان اشترى في المصر فربح في ذلك المتاع فهو على ما شرط في المصر سواء



باعد في المصر أو في غيره لأن المضارب إنما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء فإذا اشترى في المصر تعين أحد العاملين فلا يتغير بالسفر وإن عمل ببعض المال في السفر وبالبعض في الحضر فربح كل واحد من المالين على ما شرط ولو قال له على أن تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشتري ويبيع من غيره وقال الشافعي رحمه الله المضاربة فاسدة لأن في تعيين الشخص تضيق طريق الوصول إلى المقصود من التصرف وهو الربح وتغيير مقتضى العقد لأن مقتضى العقد التصرف مع من شاء (ولنا) أن هذا شرط مفيد لاختلاف الناس في الثقة والأمانة لأن الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لسكونه أسهل في البيع وقد يكون أوثق على المال فكان التقييد مفيداً كالتيقيد بنوع دون نوع وقوله التعيين غير مقتضى العقد قلنا ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيداً أمن الابتداء وأنه قد مفيد فوجب اعتباره ولو قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة وتبيع فاشتري وباع من رجال بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لأن هذا الشرط لا يفيد الا ترك السفر كأنه قال على أن تشتري ممن بالكوفة وكذلك إذا دفع إليه مالا مضارباً في الصرف على أن يشتري من الصيارفة ويبيع كان له أن يشتري من غير الصيارفة ما بداله من الصرف لأن التقييد بالصيارفة لا يفيد الانحصار في البلد أو النوع فإذا حصل ذلك من صيرفي أو غيره فهو سواء ولو دفع إليه مالا مضارباً ثم قال له بعد ذلك اشتر به البرز وبيع فله أن يشتري البرز وغيره لأنه أذن بالشراء مطلقاً ثم أمره بشراء البرز فكان له أن يشتري ما شاء وهذا كتموله خذ هذا المال مضارباً وعمل به بالكوفة إلا أن هناك التيد مقارن وههنا متراخي وقد ذكرناه وذكر القدروري رحمه الله أن هذا محمول على أنه نهاه بعد الشراء والحكم في التقييد الطاريء على مطلق العقد أنه ان كان ذلك قبل الشراء يعمل وإن كان بعد ما اشترى به لا يعمل إلى أن يبيعه بمال عين فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشتري إلا ما قال ولودفع إليه مالا مضارباً على أن يبيع ويشتري بالتقيد فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالتقيد لأن هذا التقييد مفيد فيتعهد بالذكور ولو قال له ببيع بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد جاز لأن النقد اشترى من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيداً فلا يثبت التقيد وصار كالموكل للوكيل ببيع بعشرة فباع بأكثر منها جاز كذا هذا (واما) الذي يرجع إلى عمل رب المال ماله أن يعمل به وما ليس له أن يعمل به فقد قال أصحابنا إذا باع رب المال مال المنبار به بمثل قيمته أو أكثر جاز ببيعها واداباع بأقل من قيمته لم يجز إلا أن يجزئه المضارب سواء باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه لأن جواز بيع رب المال من طريق الاعانة للمضارب وليس من الاعانة إدخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو أكثر وعلى هذا لو كان المضارب اثنين فباع أحدهما بدين رب المال لم يجز أن يبيعه إلا بمثل القيمة أو أكثر إلا أن يجزئه المضارب الآخر لأن أحد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه إذا كان فيه غيب فلا يملك الأمر به وإذا اشترى المضارب بمال المضارب به متاعاً وفيه فضل أو لا فضل فيه فأراد رب المال بيع ذلك فأبى المضارب وأراد أمساكه حتى يجدر بحاجته فإن المضارب يحير على بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلى رب المال لأن منع المالك عن تنفيذ إرادته في ملكه الحق محتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل إليه ولكن يقال له إن أردت الأمساك فرد عليه ماله وإن كان فيه ربح يقال له ادفع اليه رأس المال وحصله من الربح ويسلم المتاع إليك ولو أخذ رجل مالا ليعمل لأجل ابنه مضارباً فإن كان الابن صغيراً لا يعقل البيع فالمضارب باللاب ولا شيء للابن من الربح لأن الربح في باب المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما فإن كان الابن يقدّر على العمل فالمضارب باللاب والربح له أن يعمل فإن عمل الابن فهو متطوع وإن عمل بغير أمره صار بمنزلة الغاصب لأنه ليس له أن يعمل فيه بغير إذنه فصارت كالأجنبي وقد قالوا في المضارب إذا اشترى جارية فليس له أن يوطأها سواء كان فيه ربح أو لم يكن أما إذا كان فيه ربح فلا شك فيه لأن المضارب فيه ملكاً ولا يجوز وطء الجارية المشتركة وإن لم يكن فيها ربح فلا مضارب فيها حق شبه المالك بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف ولو مات كان للمضارب أن يبيعها

فصارت كالجارية المشتركة ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وإن لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة (وجه) قول زفر أن هذا بيع ماله له وشراء ماله بماله إذ المالك لا يملك المال ولا يجوز كالموكل مع الموكل (ولنا) أن رب المال في مال المضاربة ملك رقبته لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الأجنبي والمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي حتى لا يملك رب المال منع من التصرف فكان مال المضارب في حق كل واحد منهما كمال الأجنبي لذلك جاز الشراء بينهما ولو اشترى المضارب داراً ورب المال شفعها بدار أخرى بجنتها فله أن يأخذ بالشفعة لأن المشتري وإن كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كأنه ليس له بدليل أنه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز شراؤه من المضارب ولو باع المضارب داراً من المضارب برب المال شفعها فلا شفعة له سواء كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن أما إذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والوكيل يبيع الدار إذا باع لا يكون للموكل الأخذ بالشفعة وإن كان فيها ربح فاما حصّة رب المال فكذلك هو وكيل ببيعها واما حصّة المضارب فلا تألو أو جنتها فالشفعة لتفرقت الصفقة على المشتري ولأن الربح تابع لرأس المال فإذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب في التابع ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفعها بدار أخرى من المضاربة فإن كان في يده من مال المضاربة وفاء بمن الدار لم تجب الشفعة لأنه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وإن لم يكن في يده وفاء فإن لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لأنه أخذها لرب المال وإن كان فيه ربح فلا مضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة لأن نصيباً في ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه ولو أن أجنبياً اشترى داراً إلى جانب دار المضارب فإن كان في يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وإن سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لأن الشفعة وجبت للمضارب به وملك التصرف في المضاربة للمضارب فإذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وإن لم يكن في يده وفاء فإن كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعاً فإن سلم أحدهما فلا خزان يأخذها جميعاً لنفسه بالشفعة كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما وإن لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لأنه لا نصيب للمضارب فيه قال أبو يوسف إذا استأجر الرجل أجيراً كل شهر بعشرة دراهم ليشترى له ويبيع ثم دفع المستأجر إلى الأجير دراهم مضارباً بالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شيء للأجير سوى الأجرة وقال محمد المضاربة جائزة ولا شيء للأجير في الوقت الذي يكون مشغولاً بعمل المضاربة (وجه) قول محمد أنه لما دفع إليه المضاربة فقد اتفق على ترك الأجرة وتفضيها فادام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولأن الأجرة شركة لهذا لا قبل التوقيت ولو شاركه بعد ما استأجره جازت الشركة فكذلك المضاربة ولا يوجب أن يستأجره فقدم ملك عمله فإذا دفع إليه مضارباً فقد شرط للمضارب ربحاً يعمل قدمه لرب المال وهذا لا يجوز ولأن المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والأجر ولا يجوز أن ينقض الأجرة بالمضاربة لأن الأجرة أقوى من المضاربة لأنها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشئ لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد أن المضاربة شركة فالجواب أن الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قدمه العمل فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح ولأن الشريك يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الأجرة فيستقط عنه الأجرة بحصته والمضارب يعمل لرب المال فبقى عمله على الأجرة ولو اشترى المضارب بمال المضارب به وهو ألف عبداً قيمته ألف فقتل عمداً فرب المال القصاص لأن العبد ملكه على الخصوص لا حق للمضارب فيه وإن كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وإن اجتمعاً لأن ملك كل واحد منهما لم يتعين أمارب لمال فلان رأس المال ليس هو العبد وإنما هو الدراهم ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب أن يمنع عن ذلك حتى يبيع ويدفع إليه من الثمن وإذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال وإذا لم يتعين ملكه في العبد لم يجز القصاص لواحد منهما وإن اجتمعا وتؤخذ قيمة العبد



من القاتل في ماله في ثلاث سنين لأن القصاص سقط في القتل العمد لما منع مع وجود السبب فتجب الدية في ماله  
ويكون المأخوذ على المضارب به يشتري به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضارب به فيكون على المضارب به كائن وذك  
محمد في النواذر اذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدین عمد الم يكن لرب  
المال عليه قصاص لأن ملك رب المال لم يتعين في العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته في ماله ويكون في المضارب به  
لما قلنا والاصل ان في كل موضع وجب بالنقل القصاص خرج العبد عن المضارب به وفي كل موضع وجب بالنقل  
مال قاتل على المضارب به لأن القصاص اذا استوفى فقد هلك مال المضارب به وهلاك مال المضارب به يوجب بطلان  
المضارب به والقيمة بدل مال المضارب به فكانت على المضارب به كائن وقول محمد واذا اشتري المضارب ببعض مال  
المضارب به عبد يساوي القاتل رجل عمد فلا قصاص فيه لارب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا أمارب المال  
فلانه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا رأس المال بالقصاص لأن القصاص ليس بمال ولهذا لو عقلم بعض عن  
القصاص كان من جميع المال واذا لم يصر به مستوفيا رأس ماله يستوفى رأس المال من بقية المال واذا استوفى تبين أن  
العبد كان ربحا فثبت أن القصاص لا يرد باستيفاء القصاص عن عبد مشترك (وأما) المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك ولا  
يجوز لهما الاجماع على الاستيفاء لهذا المعنى وهو أن حق كل واحد منهما غير متعين واختلف أصحابنا في القتل العمد  
اذا ادعى على عبد المضارب به انه هل يشترط حضور الولي لسماع البيعة قال أبو حنيفة ومحمد وعليهما الرخصة يشترط وقال  
أبو يوسف رحمه الله لا يشترط (وجه) قوله ان العبد في باب القصاص مبيع على أصل الحرية بدليل أنه لو أقر به يجوز  
اقراره وان كذبه الولي فلا يقف سماع البيعة عليه على حضور المولى كآخر (ولهما) ان هذه البيعة تتعلق بها استحقاق  
رقبة العبد فلا تسع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك والبيعة القائمة على جنابة الخطأ وقد قالوا جميعا لو  
أقر العبد بقتل عمد فكذبه المولى والمضارب لزمه القصاص لأن الاقرار بالقصاص لا يملكه المولى من عبده  
وهو مملوك فيملكه العبد كالطلاق فان كان الدم بين شريكين وقد أقر به العبد فعن أحدهما فلا شيء للآخر لأن  
موجب الجنابة انقلاب مالا واقرار العبد غير مقبول في حق المال فصاركه أقر بجنابة الخطأ فان كان رب المال صدقه  
في اقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال ادفع نصف نصيبك أو أفده وان كان المضارب صدقه وكذبه رب المال  
قيل للمضارب ادفع نصيبك أو أفده وصار كاحد الشريكين اذا أقر في العبد بجنابة وكذبه الآخر (وأما) وجوب  
القصاص على عبد المضارب به وان لم يجب بقتله القصاص لأن عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فاذا  
كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولي القاتل وانه متعين ونحو المراجعة بين رب المال والمضارب وهو أن يشتري  
رب المال من مضارب به فيبيعه مراجعة أو يشتري المضارب من رب المال فيبيعه مراجعة لكن يبيعه على أقل الثمنين الا  
اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء وانما كان كذلك لان جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من  
رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال اشتري مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب  
المال من رب المال إذا مالان ماله والقياس يأنى ذلك الا اننا استحسننا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك  
التصرف فجعل ذلك بيعا في حقه لافي حق غيرهما بل جعل في حق غيرهما لحدنا بالعدم ولان المراجعة يبيع بحرية البائع  
من غير بينة واستخلاف فتجب صيانته عن الجنابة وعن شبه الجنابة ما أمكن وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما  
لجواز ان رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته ورضي به المضارب لان الجود بمال الغير أمر سهل فكان تهمة  
الجنابة ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحة بالحققة فلا يبيع مراجعة الا على أقل الثمنين بيان ذلك في مسائل اذا دفع الى  
رجل ألف درهم مضارب به فاشترى رب المال عبد الخمسة فباعه من المضارب بألف فان المضارب يبيعه مراجعة على  
خمسة لانهما أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع هو التهمة وقد زالت ولو اشترى  
المضارب عبدا بألف من المضارب به فباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مراجعة بألف ومائة ان كانت

المضاربة بالنصف لأن الربع ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة المضارب لانه لا حق فيه لرب  
المال فصارك كان رب المال اشتري ذلك من أجنبي وتمكنت الشهادة في حصة رب المال لانه ماله بعينه فكانه  
اشترى من نفسه فاستقط حصة من الربع الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال سلعة  
بألف درهم تساوي القنا وخمسة فباعه من المضارب بألف وخمسة فان المضارب يبيعها مراجعة بألف ومائتين  
وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا قال ابن سماعه في نواذر عن محمد سمعت أبا يوسف يقول في مسألة  
المضاربة وهو آخر ما قال اذا اشتري رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس المال ألف في يد المضارب  
فان المضارب يبيعه على مائة وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال بمائة يبيعه أبدا  
على أقل الثمنين لانه لا تهمة في الاقل وانما التهمة في الزيادة فيثبت ماله تهمة فيه ويستقط ما فيه تهمة ولو اشترى  
رب المال خمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة فانه يبيعه مراجعة على خمسمائة وخمسين لان المائة الزيادة على  
الألف ربح فنصفها للمضارب وما اشترى المضارب من رب المال لنفسه لانه تهمة فيه فيضم حصة من الربع الى  
التقدر الذي اشتري رب المال به ويستقط خمسمائة لانها نصيب رب المال ويستقط خمسون لانها حق رب المال  
من الربع فيبيعه مراجعة على خمسمائة وخمسين ولو اشترى المضارب بمائة باعه مراجعة بخمسمائة لانه لا فضل في  
ثمنه عن رأس المال فيستقط كل ربح ويباع على أقل الثمنين والاصل أن المضارب لا ينجس شيئا من حصة نفسه  
حتى يكون ما قدأكثر من ألف فيجب من حصته نصف ما زاد على ألف لانه اذا لم يزد على ألف بأن اشتري  
مثلا رأس المال أو بأقل منه ولد في المال ربح لم يتعين له في المشتري حق لكونه مشغولا برأس المال فلا يظهر له الربح  
كانه اشتري ولا ربح في يده وعلى هذا القياس تجرى المسائل متى كان شراء المضارب بأقل الثمنين فان كان  
للمضارب حصة ضمه الى أقل الثمنين واذا اشتري رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثمنين ويضم اليه  
حصة المضارب ولو كان رب المال اشتري خمسمائة فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه بألف وخمسمائة رأس  
المال وخمسمائة حصة المضارب من الألفين لان نصيب رب المال من الثمن ألف وخمسمائة فستقط الزيادة فيها على رأس  
المال وهو ألف ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ونصيب المضارب خمسمائة ورب المال فيها كالأجنبي فيبيعه  
مراجعة على ألف ولو كان المضارب اشتري بألف ثم باعه من رب المال بألفين باعه رب المال بألف وخمسمائة لان  
الألف رأس مال رب المال وخمسمائة نصيب المضارب ورب المال فيها كالأجنبي وخمسمائة نصيب رب المال فيجب  
استقاطها قال ابن سماعه وروى عن أبي يوسف أنه قال وهو قوله الآخر ان رب المال اذا اشتري عبدا بعشر آلاف  
ثم باعه من المضارب بمائة باعه المضارب مراجعة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب  
المال بمائة باعه رب المال مراجعة على مائة لان البيع على أقل الثمنين لا تهمة فيه ولانه اشتري بأقل الثمنين فلا يجوز أن يزد  
على الثمن الذي اشتريه فان قيل كيف يجوز للمضارب الخط على قول أبي يوسف فالجواب انه انما لا يجوز له حظه  
عند أبي يوسف ومحمد لحق رب المال فاذا باعه من رب المال وحط قدرضى رب المال بذلك فجاز (وأما) على قول  
أبي يوسف الاول الذي أشار اليه ابن سماعه فهو ان الخط لا يجوز لانه قال اذا كان رأس المال الفافر مخرج فيه القائم  
اشترى بألفين جارية ثم باعها من رب المال بألف وخمسمائة فان رب المال يبيعها مراجعة على ألف وسبع مائة وخمسين  
لان المضارب حط من الثمن خمسمائة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضارب به وهو ملك الخط في حق نصيبه ولا  
ملك ذلك في مال المضارب به في قول أبي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فذلك باع مراجعة على ألف  
وسبع مائة وخمسين فينبغي على هذا القول اذا باع مراجعة أن يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لان  
الزيادة لحقت بالثمن حكما والشراء ينصرف الى ما وقع العقد به والصحيح قوله الاخير لما ذكرنا أن عدم جواز الخط  
في مال المضاربة لحق رب المال فاذا اشتري هو قدرضى بذلك فكانه أذن للمضارب أن يبيعه بتقصان لأجنبي



وذكر محمد في كتاب المضارب لو اشترى رب المال عبدًا بألف فباعه من المضارب بألفين ألف رأس المال والف ربح  
فان المضارب يبيعه مائة على الف وخمسمائة يسقط من ذلك ربح رب المال ويبيع على رأس المال وربع المضارب  
لما ينال ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسمائة والبعد يساوي الفين فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه  
مائة على الف لان رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وما سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت  
حكمه على ما ينال فيما تقدم الا أن يبين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع من البيع جميع الثمن التهمة فاذا بين  
فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشترى رب المال بألف وقيمته الف فباعه من المضارب بألفين ألف مضارب به والف  
ربح فان المضارب يبيعه مائة على الف لانه لما اشترى ما قيمته الف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصصه وصار  
كانه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشترى بخمسمائة والمسألة بحالها فان المضارب يبيعه مائة  
على خمسمائة لانه لم يبق للمضارب حصصه فصار اشراء مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه على رأس المال الاول  
ولو كان رب المال اشترى بالفين وقيمته الف فباعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على أكثر من  
ذلك لان قيمته الف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ولا ربح للمال لما باعه بألفين ما يساوي الفا وهما متهمان  
في حق الغير في العقد فصار كأنه أخذ الف على طريق البيع وباعه العبد بالف فلا يبيعه بأكثر من ذلك ولو كان العبد  
يساوي الفا وخمسمائة والمسألة بحالها وقد اشترى بالف وأراد المضارب أن يبيعه مائة باعه مائة على الف ومائتين  
وخمسين لان في العبد ربحاً للمضارب ونصيبه من الربح هو مائة ربح المال فيه كالأجنبي فيبيعه على أقل الثمنين مع حصصه  
المضارب من الربح وذكر محمد في الاصل اذا اشترى المضارب عبدًا بالف درهم مضارب به فباعه من رب المال بالفين  
ثم ان رب المال باعه من أجنبي مساهمة بثلاثة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من الأجنبي بالف درهم فاد أن يبيعه  
مائة على الف فيقول أبو حنيفة رحمه الله الا ان يبين الامر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه  
مائة على الفين وهذه فرعة مسألة أخرى مذكورة في البيوع وهي ما اذا اشترى شيئاً فربح فيه ثم ملكه بشراء  
آخر فاد أن يبيعه مائة فان عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من العقد وفي مسئلتنا قدر ربح فيه رب المال  
الف درهم لان المضارب لما اشترى بالف وباعه من رب المال بالفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما  
باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه الفا وخمسمائة لانه قام عليه بالف وخمسمائة مقدار رأس المال ونصيب  
المضارب من الربح اذا ضم الى ذلك فقد ربح الفين فاذا اشترى المضارب بالفين وجب ان يطرح الاقل من رأس المال  
فلا يبق شيء ولهذا يحجز البيع مائة الا بعد ان يبين وأما على قولهما فانما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد  
الاول لا يحط عن الثاني فيبيعه مائة على جميع الاقلين ولو اشترى المضارب عبدًا بألف فباعه من رب المال  
بالف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بالف وستائة ثم ان المضارب اشترى من الأجنبي بالف درهم فاد أن يبيعه  
مائة باعه على الف وأر بعائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قدر ربح فيه ستائة ألا ترى ان المضارب لما  
اشترى بالف باعه من رب المال بالف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائة وخمسون وكان رب المال اشترى  
بالف ومائتين وخمسين رأس المال وحصصه المضارب فلما باعه بالف وستائة فقد ربح ثلثمائة وخمسين وقد كان ربح  
مائتين وخمسين بربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى الف وار بعائة ولو اشترى المضارب  
عبدًا بالف فلو اد رب المال ثم ان رب المال باعه من أجنبي بالف وخمسمائة ثم ان المضارب اشترى من الأجنبي  
مائة بالفين ثم ان رب المال لما حط من الأجنبي ثلثمائة فان الأجنبي يحط من المضارب أر بعائة لان رب المال  
لما حط من الأجنبي ثلثمائة استند ذلك الحط الى العقد فكان ذلك المقدار لم يكن فيطرح من رأس المال وتطرح  
حصصته من الربح وقد كان الأجنبي ربح مثل ثلث الثمن فيطرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط عن المضارب أر بعائة  
فان أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مائة باعه على الف ومائتين لان رب المال ربح أر بعائة ألا ترى أنه لو باعه من

الأجنبي فربح خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا الحط من رأس المال والربح جميعاً مائتين من رأس المال ومائة من الربح  
فلما سقط من الربح مائة يبقى الربح أر بعائة فلما اشترى المضارب بالفين ثم حط عنه أر بعائة صار شرؤه بالف  
وستائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أر بعائة فيبيعه على ما بقي ويجوز المراجعة بين المضاربين كما  
يجوز بين المضارب ورب المال قال محمد في الاصل اذا دفع الرجل الى رجل ألف درهم مضارب به بالنصف ودفع الى  
رجل آخر ألف درهم مضارب به بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبدًا بخمسمائة من المضارب به فباعه من المضارب  
الآخر بألف فاراد الثاني أن يبيعه مائة باعه على خمسمائة وهو أقل الثمنين لان مال المضاربين لرجل واحد فصار  
يباع أحدهما من الآخر في حق الجانب كبيع الانسان ملكه بماله فيبيعه مائة على أقل الثمنين ولو باعه الاول  
من الثاني بألفين ألف من المضارب به والف من مال نفسه فان الثاني يبيعه مائة على الف ومائتين وخمسين لان الثاني  
اشترى نصفه لنفسه وقد كان الاول اشترى ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثاني مائة على الف لانه  
لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه فصارا كالأجنيين فاما النصف الذي اشترى الثاني بالف المضارب به فقد  
كان الاول اشترى بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين ولو كان الاول اشترى بالف المضارب به فباعه  
من الثاني بألفين ألف للمضارب به الف رأس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مائة باعه بالف وخمسمائة لانه يبيعه على أقل  
الثمنين وعلى حصصته من الربح وأقل الثمنين ألف وحصصه المضارب خمسمائة ولو كان الاول اشترى بخمسمائة والمسألة  
بحالها باعه الثاني على الف لان أقل الثمنين خمسمائة وحصصه المضارب خمسمائة فيبيعه مائة على أقل الثمنين وحصصه  
من الربح والربح في المضارب بينهما على الشرط والوضعية على رب المال والقول قول المضارب في دعوى الهلاك لان  
المال أمانة في يده (وأما) الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في مال المضارب به شيان أحدهما  
الثقة والكلام في الثقة في مواضع في وجوبها وفي شرط الوجوب وفيما فيه الثقة وفي تفسير الثقة وفي قدرها وفيما  
تحتسب الثقة منه (أما) الوجوب فلان الربح في باب المضارب به يتحمل الوجود والعدم والعاقلة لا يسافر بمال غيره  
لفائدة تحتل الوجود والعدم مع تعجيل الثقة من مال نفسه فلو لم تجعل ثقته من مال المضارب به لامتنع الناس من قبول  
المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان اقسامها على هذا العقد والحال ما وصفتنا اذ ان من رب المال للمضارب بالاتفاق  
من مال المضارب به فكان ما دون الاتفاق دالة فصار كالأول ان له نصيباً ولانه يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع  
ولا يبدل واجب له لا محالة فتكون ثقته في المال بخلاف المبيع لا يسافر بمال الغير على وجه التبرع وبخلاف  
الاجير لانه يعمل ببدل لازم في ذمة المستاجر لا محالة فلا يستحق الثقة وهكذا روي ابن سبابة عن محمد في  
الشريك اذا سافر بالمال أنه يتفق من المال كالمضارب (وأما) شرط الوجوب فخرج المضارب بالمال من  
المصر الذي أخذ المال منه مضارب به سواء كان المصر مصره أو لم يكن فادام يعمل به في ذلك المصر فان ثقته في مال نفسه  
لا في مال المضارب به وان أثق شيئاً منه ضمن لان دالة الاذن لا تثبت في المصر وكذا اقامته في الحضرة لا تكون لاجل  
المال لانه كان مقيماً قبل ذلك فلا يستحق الثقة ما لم يخرج من ذلك المصر سواء كان خروجه بالمدة سفر أو أقل من  
ذلك حتى لو خرج من المصر يوماً أو يومين فله أن يتفق من مال المضارب به كذا ذكر محمد عن نفسه وعن أبي يوسف من  
مكان المضارب به لوجود الخرج من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر الذي قصده فان كان ذلك مصر نفسه أو  
كان له في ذلك المصر أهل سقطت ثقته حين دخل لانه يصير مقيماً بدخوله فيه لا لاجل المال وان لم يكن ذلك مصره  
ولاه فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط ثقته ما قام فيه وان نوى الإقامة خمسة عشر يوماً فصاعداً ما لم  
يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه دار إقامة لانه اذا لم يتخذ دار إقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذ وطناً كانت  
اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصل فنقول الحاصل انه لا تبطل ثقة المضارب به بعد المسافرة بالمال الا  
بالإقامة في مصره أو في مصر يتخذ دار إقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود الى المصر



الذي أخذ المال فيه مضارب به فان نفقته من مال المضارب به حتى يدخله فاذا دخله فان كان ذلك مصره أو كان فيه أهل سقطت نفقته والا فلا حتى لو أخذ المضارب مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له في المال مادام بالكوفة لقلنا فاذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتي البصرة لأن خر وجهه لاجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لأن البصرة وطن أصلي له فكان اقامته فيها لاجل الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة لأن خر وجهه من البصرة لاجل المال وله أن ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لأن وطنه بالكوفة كان وطن اقامته وأنه يبطل بالسفر فاذا عاد إليها وليس له وطن فكان اقامته فيها لاجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضارب به حراً كان أو عبداً أو أجيراً أيخدمه أو يخدم دابته لأن نفقتهم كنفقة نفسه لأنه لا يترتب له السفر إلا بهم إلا أن يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضارب به ونفقته على رب المال خاصة لأن اعانة عبده لرب المال كاعانة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضارب به كذا عبيده فأما عبيد المضارب فهو كالمضارب والمضارب إذا عمل بنفسه في المال اتفق عليه منه كذا عبيده (وأما) ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضارب به وله أن ينفق من مال نفسه ماله أن ينفق من مال المضارب به على نفسه ويكون ديناً في المضارب به حتى كان له أن يرجع فيها لأن الاتفاق من المال وتديره إليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضارب به كالوصي إذا اتفق على الصغير من مال نفسه أن أنه أن يرجع بما اتفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذا إذا كان يرجع بما اتفق في مال المضارب به لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشيء كذا ذكر محمد في المضارب به لأن نفقة المضارب من مال المضارب به فاذا هلك هلك بما فيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية يسقط بهلاك العبد الجاني (وأما) تفسير النفقة التي في مال المضارب به فالكسوة والطعام والادام والشراب وأجر الاجير وفرش بنام عليه وعلف دابته التي ركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه وغسل ثيابه ودهن السراج والخطب ونحو ذلك ولا خلاف بين أئمتنا في هذه الجملة لأن المضارب لا بد له منها فكان الاذن ثابتاً من رب المال دلالة (وأما) ثمن الدواء والحجامة والقصد والتنوير والادمان وما يرجع إلى التداوي وصلاح البدن في ماله خاصة لا في مال المضارب به وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره في الدهن خلاف محمد أنه في مال المضارب به عنده وذكر في الحجامة والاطلاء بالنورة والحضاب قول الحسن بن زياد أنه قال على قياس قول أبي حنيفة يكون في مال المضارب به والصحيح أنه يكون في ماله خاصة لأن وجوب النفقة للمضارب في المال دلالة الاذن الثابت عادة وهذه الاشياء غير معتادة هذا إذا قضى القاضي بالنفقة يقضى بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الاشياء (وأما) الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والادام وقال بشرى نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لأنه من المأكول المعتاد (وأما) قدر النفقة فهو أن يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاوز ذلك ضمن الفضل لأن الاذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضارب به لأن سفره في الحالين لاجل المال وكذا لو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته مادام مسافراً في مال المضارب به لأن عمل التجارة على هذا وهو أن يتفق الشراء في وقت دون وقت ومكان دون مكان وسواء سافر بمال المضارب به وحده أو بماله ومال المضارب به ومال المضارب به لرجل أو رجلين فله النفقة غير أنه ان سافر بماله ومال المضارب به أو بتالين لرجلين كانت النفقة من التالين بالخصص لأن السفر لاجل التالين فتكون النفقة فلهما وان كان أخذ التالين مضارباً لرجل والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته في مال المضارب به لأن سفره لاجله لا لاجل البضاعة لأنه متبرع بالعمل بها إلا أن يتبرع بعمل البضاعة فينفق من مال نفسه لأنه بدل العمل في المضارب به وليس على رب البضاعة شيء إلا أن يكون أذن له في النفقة منها لأنه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضارب به بماله وقد أذن له في ذلك فالنفقة

بالخصص لأن سفره لاجل التالين (وأما) حساب النفقة منه فالنفقة تحسب من الربح أولاً ان كان في المال ربح فان لم يكن فهي من رأس المال لأن نفقة جزء هالك من المال والاصل ان هلاكه ينصرف إلى الربح ولا نالوجعلنا هاهنا رأس المال خاصة أو في نصيب رب المال من الربح لزيادة نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال فاذا رجع المضارب إلى مصره فافضل عنده من الكسوة والطعام رده إلى المضارب به لأن الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رده إلى المضارب به وروى المصنف عن أبي يوسف إذا كان مع الرجل ألف درهم مضارباً فاشترى عبداً فنفق عليه فهو متطوع في النفقة لأنه لم يبق في يده شيء من رأس المال فالنفقة تكون استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كلاجني إذا اتفق على عبده إلا أن يكون القاضي أمره بذلك فان رفعه إلى القاضي فأمره القاضي بالنفقة عليه فما اتفق فهو عليهم ما على قدر رأس المال قال أبو يوسف رحمه الله وهذه قسمة من القاضي بين المضارب وبين رب المال إذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة ديناً أمر القاضي لأن له ولاية على الغائب في حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الأمر بالاستدانة عليه وانما صار قضاء القاضي بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعمين لأن القاضي لما ألزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين نصيبه ولا يتحقق تعين نصيب المضارب إلا بعد تعيين رأس المال وهذا معنى القسمة ولو دفع إلى رجل ألف درهم مضارباً فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد النفقة على رب المال كذا حقق القدوري رحمه الله الاختلاف (وجه) قول محمد أن المضارب لم يتعين له ملك لأن رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقتها عليه ويحسب بها في رأس ماله في رواية عنه وفي رواية أخرى عنه يقال لرب المال اتفق ان شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العبد على ملكه دليل ان اعتاقه ينضم منه فلا يجوز الزام رب المال الاتفاق على ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد تعين الربح ورأس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا الخلاف العبد لا يبق من المضارب به إذا جاء به رجل وقيمتها ألفان وليس في يده من المضارب به غير العبد أن يجعل عليهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن العبد على ملكهما وعند محمد يجعل على رب المال يحسب في رأس ماله اذ هو زيادة في رأس المال فاذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقي يكون بينهما على ما شرطهما من الربح قال بشرى عن أبي يوسف ان يجعل لا يحسب به في مال المضارب به ويحسب به فيما بين المضارب ورب المال فان كان هناك ربح فاجعل منه والا فهو وضعية من رأس المال وانما يلحق الجعل برأس المال في باب المراجعة لأن الذي يلحق رأس المال في المراجعة ما جرت عادة التجار بالحاقه به وما جرت عادتهم بالحاق الجعل ولأنه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة ما ليس بمعتاد وانما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لأنه غرم لزم لاجل المال ويجوز أن يحسب بالشيء فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق برأس المال في المضارب به كنفقة المضارب على نفسه والثاني ما يستحقه المضارب بعمله في المضارب به الصحيح هو الربح المسمى ان كان في المضارب به ربح وانما يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع إلى رجل ألف درهم مضارباً بالنصف فربح ألفاً فاقسمها الربح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الألف التي في يد المضارب بعد قسمتها الربح فان القسمة الأولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب دين عليه يردده إلى رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال والاصل في اعتبار هذا الشرط ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم ندر رأس ماله كذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزائه فدل الحديث على ان قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ولأن الربح زيادة والزاد على الشيء لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولأن المال اذا بقي في يد المضارب فحكم المضارب به بحاله فلو ححقنا قسمة الربح ثبتت قسمة القرض قبل الاصل فهذا لا يجوز واذا لم تصح



القسمة فإذا هلك ما في المضارب صار الذي اقتسماه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال فان قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولاً ثم اقتسما الربح ثم رد الالف التي قبضها بينهما إلى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف فهذا مضاربة مستتملة فان هلك في يده لم تنقض القسمة الاولى لأن رب المال لما استوفى رأس المال فقد انتهت المضاربة وحلت القسمة فإذا رد المال فهذا عقد آخر فلهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره ولو كان الربح في المضاربة الاولى ألفين واقتسما الربح فأخذ رب المال ألفاً والمضارب ألفاً ثم هلك ما في يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الالف الذي قبض لانه لما هلك ما في يد المضارب من رأس المال قبل حصة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله وإذا صار ذلك رأس المال نعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك ان كان قد هلك ما قبضه المضارب من الربح يجب عليه أن يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار ذلك مضموناً عليه ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شيء لان ما هلك بعد القبض بهلك في ضمان القابض فبقاؤه وهلاكه سواء قالوا لو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك رأس المال قبل القسمة وقال رب المال لم أقبض رأس المال قبل ذلك فالقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما رده المضارب فان بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان كذلك لان المضارب يدعي انه رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وان كان أميناً لكن القول قول الأمين في اسقاط الضمان عن نفسه لافي التسليم الى غيره ولان المضارب يدعي خلوص ما بقي من المال والربح ورب المال بحج ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت ايفاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ايفاء رأس المال اذ الربح لا يكون الا بعد الايفاء وهو شرط صحة قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال في يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهد للمضارب وذكر ابن سباعة في نوادره عن أبي يوسف في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة صحيجة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفسه والمضارب يعمل بالنفقة ويترجح فيما يشترى ويبيع ثم احتسبا فانهما محتسبان برأس المال ألف درهم يوم محتسبان والربح بينهما نصفان ولا يكون ما أخذ رب المال من النفقة نقصاً من رأس المال ولكنهما محتسبان برأس المال ألفاً من جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا بطلانها فيجعل رأس المال فيما بقي ثلاثاً يبطل هذا اذا كان في المضاربة ربح فان لم يكن فيها ربح فلا شيء للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط وهو الربح ولم يوجد (وأما) الذي يستحقه رب المال فالربح المسمى اذا كان في المال ربح وان لم يكن فلا شيء له على المضارب هذا كله حكم المضاربة الصحيحة (وأما) حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيئاً مما ذكرنا ان له أن يعمل في المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شيء مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما له أجر مثل عمله سواء كان في المضاربة ربحاً أو لم يكن لان المضاربة الفاسدة في معنى الاجارة الفاسدة والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الاجارة الفاسدة وانما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح تمام ملكه وانما يستحق المضارب شرط أمنه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه والقول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع والهلاك في المضاربة الفاسدة مع يمينه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وجعل المال في يده أمانة كافي المضاربة الصحيحة وذكر الطحاوي فيه اختلافاً وقال لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وعندهما يضمن كافي الاجير المشترك اذا هلك المال في يده

فصل في وأما حصة هذا العقد فهو انه عقد غير لازم وبكل واحد منهما أعني رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لذكرنا في كتاب الشركة ويشترط أيضاً أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عرض وقت النهي لم يصح نهيه وله أن يبيعه لانه يحتاج الى بيعه بالدرهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهي والفسخ باطلاً لحق في التصرف فلا يملك ذلك وان كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهي صح الفسخ والنهي لكن له أن يصرف الدرهم الى الدنانير والدنانير الى الدرهم لان ذلك لا يعد بيعاً لاتحادهما في الثمنية

فصل في وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال فان اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعي العموم بان ادعى أحدهما المضاربة في عموم التجارات أو في عموم الامكنة أو مع عموم من الاشخاص وادعى الآخر نوعاً دون نوع ومكاناً دون مكان وشخصاً دون شخص لان قوله من يدعي العموم موافق لما تصود بالاعتداد المقصود من المقتضى هو الربح وهذا المقصود في العموم أوفر وكذلك لو اختلفا في الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعي الاطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر في الخطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه لان الاطلاق أقرب الى المقصود بالاعتدال ما بيننا وقال الحسن بن زياد ان القول قول رب المال في الفصلين جميعاً وقيل انه قول زفر (ووجهه) ان الاذن يستفاد من رب المال فكان القول في ذلك قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى العموم في دعوى العموم والخصوص لانها تثبت زيادة وفي دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة مدعى التقييد لانها تثبت زيادة فيسهو بينة الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال اليك مضاربة في البر وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم جميعاً لانه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من الاعتدال استوائهما في ذلك فترجح بالاذن وانه يستفاد من رب المال فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب لان بينته مثبتة وبينه رب المال نافية لانه لا يحتاج الى الاثبات والمضارب يحتاج الى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا في البينتين اذا تعارضتا في صفة الاذن وقد وقتا ان الوقت الاخير أولى لان الشرط الثاني ينقض الاول فكان الرجوع اليه أولى وان اختلفا في قدر رأس المال والربح فقال رب المال كان رأس مالي ألفين وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح فان كان في يد المضارب ألف درهم بقرانها مال المضاربة فالقول قول المضارب في ان رأس المال ألف والقول قول رب المال انه شرط ثلث الربح وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد وكان قوله الاول ان القول قول رب المال في الامرين جميعاً وهو قول زفر (وجهه) قوله الاول ان الربح يستفاد من أصل المال وقد اتفقا على ان جملة المال مضاربة وادعى المضارب استحقاقها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما اذا قال المضارب بعض هذه الاتيين خلطته بها أو بضاعة في يدي لانهما اتفقا على ان الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شيء فالقول قوله (وجهه) قوله الآخر ان القول في مقدار رأس المال قول المضارب لانها اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض ألا ترى انه لو أنكر القبض أصلاً وقال لم أقبض منك شيئاً كان القول قوله فكذا اذا أنكر البعض دون البعض وانما كان القول قول رب المال في مقدار الربح لان شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول في مقدار المشرط وقوله ألا ترى انه لو أنكر الشرط رأساً فقال لم أشرط لك رباً وانما دفعت اليك بضاعة كان القول قوله فكذا اذا أقر البعض دون البعض واذا كان القول قول المضارب في قدر رأس المال في قوله الاخير فالقول قول رب المال في مقدار الربح في قولهم يجعل رأس المال ألف درهم ويجعل للمضارب ثلث الالف الاخرى فلا يقبل قول رب المال في زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب في زيادة شرط الربح وعلى قوله الاول يأخذ رب المال الاتيين جميعاً وان كان في يده ثلاثة آلاف درهم والمسئلة بحالها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الاخير



واقسم بما بقي من المال أثلاثاً وعلى قوله الأول يأخذ رب المال ألفي درهم ويأخذ ثلثي الألف الآخرى لما بينا وأن كان في يد المضارب قدر ما ذكرناه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن في يده أكثر مما أقر فالقول قول المضارب عندهم جميعاً لأنه لا سبيل إلى قبول قول رب المال في إيجاب الضمان على المضارب فإن جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف وديعة لا آخر أو مضارب بـ لا آخر أو بضاعة لا آخر أو شركة لا آخر أو على ألف دين فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الأقل بل كلها لأن من في يده شيء فالظاهر أنه لا أن يعترف به غيره ولم يعترف رب المال بهذه الألف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه ومن أقام منهما بينة على ما يدعي من فضل فالبينة بينة كل واحد منهما ثابت زيادة فينبغي أن يثبت في زيادة رأس المال وبينة المضارب تثبت في زيادة الربح وقال محمد رحمه الله إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على شرط الثلث وادعي رب المال زيادة لا متفعة له فيها الفساد العقد فلا يقبل قوله وإن قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لأنها تثبت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث العشرة وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول رب المال لأنه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعي تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح وفي هذا نوع اشكال وهو أن المضارب يدعي صحة العقد ورب المال يدعي فساد فينبغي أن يكون القول قول المضارب والجواب أن دعوى رب المال وإن تعلق به فساد العقد لكنه منكر في زيادة يدعيها المضارب فيعتبر إنكاره لأنه مفيد في الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي مائة درهم أو لم تشترط لي شيئاً ولي أجر المثل فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي أجر أو اجبا في ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فإن أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب البينة على أنه لم يشترط له شيئاً فالبينة بينة رب المال لأنها مثبتة للشرط وبينة المضارب نافية والمثبتة أولى ولو أقام المضارب البينة أنه شرط له مائة درهم فيبينة أولى لأن البينتين استويا في انبات الشرط وبينة المضارب أوجب حكاماً لأنه هو إيجاب الأجر على رب المال فكانت أولى وذكر الكرخي رحمه الله أنهم جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة إلا في هذا الفصل خاصة وهو أنه إذا أقام رب الأرض والبذر البينة على أنه شرط للعامل نصف الخارج وقال العامل شرطت لي مائة فقير فالبينة بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما أن المزارعة عقد لازم في جانب العامل بدليل أن من لا بذل له من جهة لو امتنع من العمل يحجر عليه فرجحنا بينة من يدعي الصحة والمضاربة ليست بلازمة فإن المضارب لو امتنع من العمل لا يحجر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فرجحنا بإيجاب الضمان وهو الأجر ولو قال رب المال دفعت إليك بضاعة وقال المضارب مضارباً بالنصف أو مائة درهم فالقول قول رب المال لأن المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله أنه لم يشترط ولأن المضارب يدعي استحقاقاً في مال الغير فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب أقرضتني المال والربح لي وقال رب المال دفعت إليك مضاربة أو بضاعة فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي عليه الضمان وهو منكر فإن أقام البينة فالبينة بينة المضارب لأنها تثبت التملك ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه ولو قال المضارب دفعت لي مضاربة وقال رب المال أقرضتك فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على أن لاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لأنها تثبت أصل الضمان ولو جحد المضارب المضاربة أصلاً ورب المال يدعي دفع المال إليه مضارباً فالقول قول المضارب لأن رب المال يدعي عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو جحد ثم أقر فقد قال ابن سماعه في نوادره سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع لي شيئاً ثم قال لي استغفر الله العظيم قد دفعت لي ألف درهم مضاربة فهو ضامن للمال لأنه أمين والأمين إذا جحد الامة ضمن كالمدع وهذا لأن عقد

المضارب به ليس بعدد لازم بل هو عند جائز تختمل للفسخ فكان وجوده فسخا له أو رفعه له وإذا ارتفع العقد صار المال  
مضمونا عليه كالوديعة فإن اشترى بها مع الجحود كان مشتر بالنفسه لانه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضارب بقوله لا من  
حكم المضارب أن يكون المال أمانة في يده فإذا صار مضمينا لم يبق أمينا فإن أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لأن العقد  
قد ارتفع بالجحود فلا يعود إلا بسبب جديد فإن اشترى بها بعد الإقرار فالتقاس أن يكون ما اشتراه لنفسه لانه قد  
ضمن المال بجحوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرأ من الضمان لأن الأمر  
بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لأن الضمان لا ينافي الأمر بالشراء بدليل أن من غضب من آخر شيئا  
فأمر المفضوب منه القاصب ببيع المفضوب أو بالشراء به صرح الأمر وإن كان المفضوب مضمونا على القاصب  
وإذا بقي الأمر بعد الجحود فإذا اشترى بموجب الأمر وقع الشراء للأمر وإن وقع الشراء له إلا بعد انتفاء الضمان  
وصار كالقاصب إذا باع المفضوب بأمر المالك وسلم أنه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضمونا عليه فلا  
يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالمفضوب منه إذا أمر القاصب أن يجعل  
المفضوب في موضع كذا أو يسلمه إلى فلان أنه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم فأمره  
أن يشتري بها عبدا فجحدته الألف ثم أقر بها ثم اشترى جاز الشراء ويكون للأمر و يرى الجاحد من الضمان ولو  
اشترى بها عبدا ثم أقر لم يبرأ من الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضارب ولو دفع إليه ألفا وأمره أن يشتري بها  
عبدا بعينه ثم جحد الألف ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالألف فإن العبد للأمر لأن الوكيل شراء العبد بعينه لا يملك أن  
يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للأمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضارب لانه يملك أن يشتري لنفسه  
فلا يحمل على الشراء لرب المال إلا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد إذا جحدته أياه  
فادعاه لنفسه ثم أقر له به أن البيع جائز وهو يرى من ضمانه وكذلك لو دفع إليه عبدا فأمره أن يهبه لفلان فجحدته وادعاه  
لنفسه ثم أقر له به فباعه أن البيع جائز وهو يرى من ضمانه وكذلك أن أمره بعتقه فجحدته وادعاه لنفسه ثم أقر له به فأعتقه  
جاز عتقه لما ذكرنا أن الأمر بعد الجحود قائم فإذا جحد ثم أقر فقد تصرف بأمر رب المال فيبرأ من الضمان ولو باع  
العبد أو وهبه أو أعتقه ثم أقر بذلك بعد البيع قال ابن سماعه ينبغي في قياس ما إذا دفع إليه ألفا وأمره أن يشتري بها عبدا  
بعينه أنه يجوز ويلزم الأمر لانه لا يملك أن يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمد أقال في رجل دفع إلى رجل  
ألف درهم مضارب بفتح ألف وخمسمائة فقال هذه الألف رأس المال وهذه الخمسمائة ربح وسكت ثم قال على دين فيه  
تفلسن كذا كذا أقال محمد القول قول المضارب وقال الحسن بن زياد إذا أقر المضارب أنه عمل بالمال وإن في يده  
عشرة آلاف وعلى فيها دين ألف أو ألفان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه سمي  
صاحبه أولم يسمه وإن سكت سكتة ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أولم يسمه لم يصدق قال وهذا قياس قول أبي حنيفة  
وهذا الذي ذكره الحسن يخالف ما قال محمد (وجهه) أنه إذا قال في يدي عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح  
فإذا قال على دين ألف فقد رجع عما أقر به لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين والإقرار إذا صرح لا يحتمل الرجوع  
عنه بخلاف ما إذا قال ذلك متصلا لأن الإقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء (وجهه) قول محمد أن أقر بالدين  
في حال يملك الإقرار به فينفذ إقراره كما إذا قال هذا ربح وعلى دين وقوله أن قوله على دين بعد ما سكت يكون رجوعا  
عما أقر به من الربح ممنوع فإنه يجوز أنه ربح ثم زعم الدين ألا ترى أن الرجل يقول قدر بحت ولزمني دين وهو يملك  
الإقرار بالدين فإذا أقر به صرح ولو جاء المضارب بألفين فقال ألف رأس المال وألف ربح ثم قال ما ربح إلا خمسمائة ثم  
هلك المال كله في يد المضارب فإن المضارب يضمن الخمسمائة التي جحدتها ولا ضمان عليه في باقي المال لأن الربح  
أمانة في يده فإذا جحدته فقد صار غاصبا بالجحود فيضمن إذا هلك ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت إليك رأس  
مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجعت فقال لم أدفعه إليك ولكن هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لانه صار



جاءد ابد عوى الدفع فيضمن بالوجود وكذلك لو اختلفا في الرجوع فمال لم يدفع اليك ولكنه هلك فانه يضمن  
 مادعي دفعه الى رب المال لما بينا ولو اختلفا في الرجوع فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت الى  
 النصف ثم هلك المال في يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الرجوع يؤديه الى رب المال من ماله خاصة  
 ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لا نأخذ بديننا أن القول في شرط الرجوع قول رب المال وإذا كان كذلك فنصيب المضارب  
 الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى أمانة في يده ضمنها لذلك يضمن سدس الرجوع والله عز وجل الموفق  
**فصل** وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ والنهي عن التصرف لكن عند وجود  
 شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي وأن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ والنهي فان كان متاعا لم يصح  
 وله أن يبيعه بالدرهم والدنانير حتى ينقض كذا ذكرنا فيما تقدم وان كان عينا صح لكن له صرف الدراهم الى الدنانير والدنانير  
 الى الدراهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما لان المضاربة تشتمل  
 على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لا نه عزل حكى فلا  
 يتفق على العلم كما في الوكالة إلا أن رأس المال اذا صار متاعا فللوكيل أن يبيع حتى يصير ناضلا بيننا وتبطل بموت  
 أحدهما اذا كان مطبقة لا نه يبطل أهلية الامر للأمر وأهلية التصرف للمأمور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة  
 وقد تقدم في كتاب الوكالة تفصيله ولو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في  
 قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان رجوع الى الاسلام بعد ذلك نقد كله والتحقق رده بالعدم في جميع أحكام المضاربة  
 وصار كأنه لم يرتد أصلا وكذلك ان لحق بدار الحرب ثم عاد مسالما قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب على الرواية  
 التي يشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار  
 الحرب وقضى القاضي بلحاظه بطلت المضاربة بموت يوم ارتد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أن ملك المرتد  
 موقوف ان مات أو قتل أو لحق في حكمه بالقوق يزول ملكه من وقت الردة الى ورثته ويصير كأنه مات في ذلك  
 الوقت فيبطل تصرف المضارب بأمرة بطلان أهلية الامر ويصير كأنه تصرف في ملك الورثة فان كان رأس المال  
 يومئذ قائما في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشترى ورثته يكون له لأنه زال ملك رب المال عن المال  
 فيعزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفا في ملك الورثة بغير أمرهم وان كان صار رأس المال متاعا فيبيع المضارب  
 فيه وشراؤه جائز حتى ينقض رأس المال لما ذكرنا في هذه الحالة لا يعزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك  
 رده فان حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل في يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس أن  
 لا يجوز له التصرف لان الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما في الثمنية فيصير كأن عين المال  
 قائم في يده الا انهم استحسنوا فقالوا ان باعه بجنس رأس المال جاز لان على المضارب ان يرد مثل رأس المال فكان  
 له ان يبيع ما في يده كالعروض وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فالردة لا تنقذ في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب  
 بعد ردته رب المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فان مات رب المال أو قتل كان موته موت المسلم في بطلان  
 عقد المضاربة وكذلك ان لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه لان ذلك بمنزلة الموت بدليل ان ماله يصير ميراثا لورثته  
 فبطل أمره في المال فان لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا لان وقوف تصرف  
 رب المال بنفسه لوقوف ملكه ولا ملك للمضارب فيا يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فثبتت  
 المضاربة لا انه لا عهدة على المضارب وانما العهدة على رب المال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لان العهدة تلزم  
 بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبيًا محجورا أو عبداً محجورا فأما على قولهما فالعهدة عليه لان  
 تصرفه كتصرف المسلم وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا  
 اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحقه لان رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه فان لحق المضارب

بدار الحرب بعد رده فباع واشترى هناك ثم رجع مسالما فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه  
 في غير ذلك لانه لم يلحق بدار الحرب صار كالحربي اذا استولى على مال انسان ولحق بدار الحرب انه يملكه فكذا  
 المرتد وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء في قولهم جميعا سواء كان المال لها أو كانت مضاربة لان ردها لا تؤثر  
 في ملكها الا ان توت فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بلحاظها لما ذكرنا ان ذلك  
 بمنزلة الموت وتبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل ان يشتري به شيئا في قول أصحابنا لانه تعين لعقد  
 المضاربة بالتبطل فيبطل العقد بهلاك مال المضاربة كالوديعة وكذلك لو استهلك المضارب أو أقتنه أو دفعه الى غيره فاستهلكه  
 لما قلنا حتى لا يملك ان يشتري به شيئا له مضاربة فان أخذ مثله من الذي استهلكه كان له ان يشتري به على المضاربة  
 كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لانه أخذ عوض رأس المال فكان أخذ عوضه بمنزلة أخذ مثله فيكون على المضاربة  
 وروى ابن رستم عن محمد انه لو أقرضها المضارب رجلا فان رجع اليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لانه وان  
 تعدى يضمن لكن زال التعدي فيزول الضمان المتعلق به وان أخذ مثله لم يرجع في المضاربة لان الضمان قد استقر  
 بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان ولهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في  
 الاستهلاك هذا اذا هلك مال المضاربة قبل ان يشتري المضارب شيئا فان هلك بعد الشراء بان كان مال المضاربة  
 الفاشترى بها جارية ولم يتقد الثمن البائع حتى هلكت الالف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على  
 رب المال بالالف فيسلمها الى البائع وكذلك ان هلكت الثانية التي قبض بجمع بمثلها على رب المال وكذلك  
 سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبد حتى يسلم الى البائع ويكون ما دفعه أو لأرب المال وما غرم كله من رأس المال  
 وانما كان كذلك لان المضارب متصرف لرب المال فيرجع بماله من الضمان بتصرفه كالوكيل غير ان الفرق  
 بين الوكيل والمضارب ان الوكيل اذا هلك الثمن في يده فرجع بمثلها الى الموكل ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل والمضارب  
 يرجع في كل مرة ووجه الفرق ان الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل لان المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع  
 لا الرجوع فاذا اشترى فقد حصل المقصود فانهت عمدة الوكالة بانتهائه ووجب على الوكيل الثمن للبائع فاذا هلك في  
 يده قبل ان ينتقد البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فاذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له  
 عليه شيء آخر فاما المضاربة فانها لا تنتهي بالشراء لان المقصود منها الربح ولا يحصل الا بالبيع والشراء مرة بعد  
 أخرى فاذا بقي العتد فكان له ان يرجع ثانيا وثالثا وما غرم رب المال مع الاول يصير كله رأس المال لانه غرم لرب  
 المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولان المقصود من هذا العتد هو الربح فلو لم يصير ما غرم رب  
 المال من رأس المال ويهلك بجائنا يتضرر به رب المال لانه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز ولو قبض  
 المضارب الالف الاولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الالفان قبل ان  
 ينتقدها البائع فانه يرجع على رب المال بالالف وخمسمائة ويغرم المضارب من ماله خمسمائة وهي حصته من الربح فيكون  
 ربع الجارية للمضارب خاصة وثلاثة أرباعها على المضاربة ورأس المال في هذه الثلاثة الارباع ألفان وخمسمائة  
 وانما كان كذلك لانه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها ارباعا ربها للمضارب وثلاثة أرباعها لرب المال  
 لانه اشتراها بعدما ظهر ملك المضارب في الربح لانه اشتراها بالالفين ورأس المال ألف فحصة رب المال من الربح  
 خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فاشترى لرب المال رجوع عليه وما اشتراه لنفسه فضاءه عليه وانما خرج ربع  
 الجارية من المضاربة لان الناضي لما الزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين الا بالقيمة فخرج الربح من  
 المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة فصار ذلك زيادة في رأس  
 المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة فان بيعت هذه الجارية باربعة آلاف منها للمضارب ألف لان ذلك حصته  
 من الربح فكان ملكه وبقي ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربع خمسمائة



فيكون بينهما نصفيين على الشرط ولو كانت الجارية تساوي ألفين والشرء ألف وهي مال المضارب ففضاعته غرمها  
رب المال كلها لان الشراء اذا وقع بألف فقد وقع بمن كاهر رأس المال وانما يظهر الربح في الثاني فيكون الضمان على رب  
المال بخلاف الفصل الاول فان هناك الشراء وقع بالدين فظهر ربح المضارب وهلك ربح الجارية فيغرم حصه ذلك  
الربيع من الثمن وروى عن محمد بن المضارب اذا اشترى جارية بألف درهم الف ربح وقيمتها ألف فضاعته الا لقان  
قبل ان يتقدها البائع أنه على ان على المضارب الربيع وهو خمسائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال  
محمد ولو اشترى جارية تساوي ألفين بامه تساوي ألفا وقبض التي اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتت جميعا في يده فانه يغرم  
قيمة التي اشترى وهي ألف يرجع بذلك على رب المال لان المضمون عليه قيمة الجارية التي اشتراها ولا فضل في ذلك  
عن رأس المال وهذا انما يجوز وهو ان يشتري المضارب جارية بقيمة ألف بالدين اذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل  
والكثير والا فشرء المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم جميعا وذكر ابن سماعه عن محمد بن موضع آخر في  
نوادره في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضارب بامه بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف  
فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة اعبد قيمة كل واحد ألف ولم يتقد المال حتى ضاع قال يغرم ذلك كله على رب المال  
ويكون رأس المال أربعة آلاف لان المضارب لم يتعين له ملك في واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز ان يكون  
رأس المال لهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل محمد هذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه في  
شيء من العبيد وهذا يخالف ما ذكره الكرخي فانه قال ان محمد يعتبر المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما  
وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم يتقد الثمن حتى هلك كان المعتبر ما يجب عليه  
ضمانه فان كان ما يضمنه زائدا على رأس المال كان على المضارب حصه ذلك والا فلا وهذا بخلاف الاول لانا  
اذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان أو يكون الشرط فيما صار  
مضمونا على المضارب ان يتعين حقه فيه وهما وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وأما تعاليه بعدم نقاذ العتق فلا يطرد  
لانه لو اشترى بالدين جارية تساوي ألفا يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل نقوذ العتق في الجارية المشتراة  
بالدين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه فالا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزمه طرده في جميع  
المواضع وقال محمد اذا اشترى المضارب عبدا بألف درهم وهي مال المضارب بفقدها المال فقال رب المال اشترته  
على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب اشترته بعدما ضاع وانا ارى ان المال عندي فاذا قد ضاع قبل ذلك  
فالقول قول المضارب لان الاصل في كل من يشتري شيئا أنه يعتبر مشتريا لنفسه ولان الحال يشهد به أيضا وهو  
هلاك المال فكان الظاهر شاهدا للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد في المضاربة الكبيرة اذا اختلفا وقال  
رب المال ضاع قبل ان تشتري الجارية وانما اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعدما اشتريتها وانا ارى ان  
أخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البينة انه اشترى والمال عنده انما ضاع  
بعد الشراء لان رب المال ينفق الضمان عن نفسه والمضارب يدعي عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعي وقوع العقد  
له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو ادراكه لشهد رب المال فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب  
لانها تثبت الضمان فكانت أولى واذا انقضت المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس وامتنع عن التقاضي  
والقبض فان كان في المال ربح أجبر على التقاضي والقبض وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال  
بالمال على الغرماء لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الاجير والاجير مجبور على العمل فيما ألزم  
وان لم يكن هناك ربح لم يسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكيل فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن  
غير انه يؤثر المضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق العقدة راجعة الى  
العاقدة فلا تثبت ولاية القبض للامر بالا نحو الثمن العاقدة فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوى حقه ولو ضمن العاقدة

لرب المال هذا الدين الذي عليه غرضه لانه العاقدة قد جعله أمينا فلا يملك ان يجعل نفسه ضامنا فيما جعله العاقدة  
أمينا ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فما خلف فانه يعود دينها فما خلف المضارب وكذا المودع  
والمستعير والمستأضع وكل من كان المال في يده امانة اذ مات قبل البيان ولا تعرف الا امانة بعينها فانه يكون عليه دين  
في تركته لانه صار بالتجھيل مسند كالتوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال ولو عين الميت  
المال في حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك امانة في يده وفي يده وانه كما كان في يده ويصدقون على الهلاك  
والدفع الى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته والله عز وجل أعلم

— ٥٣٤١ —

كتاب الهبة

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن الهبة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم  
الهبة أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس ركن استحسانا والقياس ان يكون  
ركنا وهو قول زفر وفي قول قال القبض أيجابا وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء  
لقلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض وأجمعوا على انه  
اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لقلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الخلاف اذا قال رجل لا خير وهبت هذا  
الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعند القول قول المقر له وأجمعوا على انه لو قال بعث  
هذا الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر له (وجه) القياس ان الهبة تصرف شرعي والتصرف  
الشرعي وجوده شرعا باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون نفس الايجاب  
هبة شرعا لهذا أمكن الايجاب بدون القبول تبعاً كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الهبة في اللغة عبارة عن مجرد ايجاب  
المالك من غير شرط القبول وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فاذا أوجب فقد أتى بهبة  
فترتب عليها الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يتف على القول ما روى عن النبي عليه الصلاة  
والسلام انه قال لا تجوز الهبة الا متبوضة محبوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصعب بن  
جثامة أهدى الى النبي عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالابواء وفي رواية بودان فرده النبي عليه الصلاة  
والسلام وقال لولا انا احرام والالا قبلنا فقد أطلق الراوى اسم الاهداء بدون القبول والاهداء من الفاظ الهبة وروى  
ان سيدنا أبا بكر الصديق رضي الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضي الله عنها في مرض موته فقال لها اني كنت نخلت لك  
جدا دوا عشرين وسقاً من مالى بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حوزتيه وانما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق  
رضي الله عنه اسم النخل بدون القبض والنخل من الفاظ الهبة فثبت ان الهبة في اللغة عبارة عن نفس ايجاب المالك  
والاصل ان معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم الايجاب مع القبول فلا يطلق اسم  
البيع لغة وشرعية على أحد همدون الآخر فاما بوجد الا يتسم التصرف بسمه البيع ولان المتصور من الهبة هو  
اكتساب المدح والشناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف  
هو منع النفس عن مباشرة الخوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فاما) القبول  
والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والمالك محكوم شرعي بنبذ جبر من الله تعالى شاء العبد أو أبى فلا  
يتصور منع النفس عنه أيضا بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا أن الايجاب هناك لا يصير  
تبعاً بدون القبول فشرط القبول ليس تبعاً فلا يوجب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو  
جعلته لك أو هولك أو أعطيته أو نخلته أو أهديته اليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به  
الهبة (أما) قوله وهبت لك فصرح في الباب وقوله ملكتك بحري مجرى الصريح أيضا لان تملك العين للمالك من



غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشيء لك وقوله هلك لأن اللام المضافة إلى من هو أهل للملك  
للملك فكان تملك العين في الحال من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله أعطيتك لأن العطية المضافة إلى العين  
في عرف الناس هو تملك الحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل الا عطاء استعمال الهبة يقال أعطاك  
الله كذا أو وهبك بمعنى والتخلة هي العطية يقال فلان نحل ولده نحلي أي أعطاه عطية والهبة بمعنى العطية وقوله أعطيتك  
هذا الطعام في معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فإنه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فإنه روى أن سيدنا عمر بن  
الخطاب رضي الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم رآه يتابع في السوق فأراد أن يشتريها فساءل رسول الله صلى الله عليه  
وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا ترجع في صدقتك فاحتمل تملك العين واحتمل تملك المنافع فلا بد من النية  
للتعيين ولو قال منحتك هذا الشيء أو قال هذا الشيء لك منحة فهذا لا يخلو إما أن يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع  
به من غير استهلاكه وإما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كما أن كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه  
كالدار والثوب والدابة والارض فإن قال هذه الدار لك منحة أو هذه الثوب أو هذه الدابة أو هذه الارض فهو عارية  
لأن المنحة في الأصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف إلى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه  
من السكنى واللبس والركوب والزراعة لأن منفعة الارض زراعتها فكان هذا تملك المنفعة من غير عوض وهو تفسير  
الاعارة وكذا إذا قال لارض بيضاء هذه الارض لك طعمة كان عارية لأن عين الارض مما لا يطعم وإنما يطعم  
ما يخرج منها فكان طعمة الارض زراعتها فكان ذلك حينئذ اعارة ولصاحبها أن يأخذها إذا لم يكن فيها زرع وإن كان  
فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفي الاستحسان يترك إلى وقت الحصاد باجر المثل  
وسند كروجهما في كتاب العارية ولو منحه شاة حلو بأو ناقة حلو بأو بقرة حلو بأو قال هذه الشاة لك منحة أو هذه  
الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها لأن اللبن وإن كان عينا حقيقته فهو معدود من المنافع عرفا وعادة  
فأعطى له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جديا أو عناقا كان له عارية  
لأن الجدي يرض أن يصير فخلا والعناق حلو بأو إن عني بالمنحة الهبة في هذه المواضع على فهو ما عني لانه نوى  
ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه وإن كان مما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك كالأكل والمشرب والدرهم  
والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدرهم والدنانير كان هبة لأن المنحة المضافة إلى ما لا يمكن  
الانتفاع به إلا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهي تملكها العين للحال من غير  
عوض هو تغيير الهبة هذا إذا كان الإيجاب مطلقا عن القرينة فاما إذا كان مقرا بقرينة فالقرينة لا تخلو (إما) إن  
كان وقتا (وإما) إن كان شرطا (وإما) إن كان منفعه فإن كان وقتا بأن قال أعمرتك هذه الدار أو صرح فقال  
جعلت هذه الدار لك عمرى أو قال جعلتها لك عمرى أو قال هي لك عمرى أو حياتك فإذا امت أنت فهي رد على أو قال  
جعلتها لك عمرى أو حياتي فإذا امت أنا فهي رد على ورثتي فهذا كله هبة وهي للمعمر له في حياته ولو ورثته بعد وفاته  
والتوقيت باطل والأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمرونها  
فإن من أعمر شيئا فإنه لمن أعمره وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل أعمر عمرى  
لده ولعقبه فأنها للذي يعطاها لا يرجع إلى الذي أعطاه لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث وعن جابر قال قال رسول  
الله صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى حياته فهي له ولعقبه يرثها من يرثه بعده فدل هذا النصوص على جواز الهبة  
وبطلان التوقيت لأن قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تملك العين للحال مطلقا ثم قوله عمرى توقيت التملك وأنه  
تغيير يقتضي العقد وكذا تملك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصا كالبيع فكان التوقيت تصرفا مخالفا لمقتضى العقد  
والشرع فبطل وبقي العقد صحيحا وإن كانت القرينة شرطا نظر إلى الشرط المقر فإن كان مما يمنع وقوع التصرف  
تملكا للحال يمنع حصة الهبة والاف بطل الشرط ونصح الهبة وعلى هذا يخرج ما إذا قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال

جعلت هذه الدار لك رقبى أو قال هذه الدار لك رقبى ودفعها إليه فهي عارية في يده أنه يأخذها منه متى شاء وهذا  
قول أبي حنيفة وعنده وقال أبو يوسف هذاهبة وقوله رقبى باطل احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم  
أجاز العمري والرقبي ولأن قوله داري لك تملك العين لا تملك المنفعة ولما قال رقبى فقد علقه بالشرط وأنه لا يحتمل  
التعليق فبطل الشرط وبقي العقد صحيحا ولهذا قال داري لك عمرى أنه نصح الهبة وبطل شرط المعمر كذا هذا  
واحتج بما روى الشعبي عن شرح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمري وأبطل الرقبى ومثلهما لا يكذب  
ولأن قوله داري لك رقبى تعليق التملك بالخطر لأن معنى الرقبى أنه يقول إن مت أنا قبلك فهي لك وإن مت أنت قبل  
فهي لي سمي الرقبى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو لا يتظار لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته  
وذلك غير معلوم فكانت الرقبى تعليق التملك بأمر له خطر الوجود والعدم والتملك مما لا يحتمل التعليق بالخطر  
فلم تصح هبة وبطلت عارية لأنه دفع اليد وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا خلاف العمري لأن هناك  
وقع التصرف تملكا للحال فهو بقوله عمرى وقت التملك أنه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقي العقد على الصحة ولا حجة  
له في الحديث لأن الرقبى تحتمل أن تكون من المراقبة وهي الانتظار ويحتمل أن تكون من الارتقاب وهو هبة الرقبة  
فإن أريد بها الأول كان حجة له وإن أريد بها الثاني لا يكون حجة لأن ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحتمل على  
الثاني توفيتا بين الحديثين صيانة لكلام من يستحيل عليه التناقض عنده وبهذين أن لا اختلاف بينهما في الحقيقة  
إن كان الرقبى والارتقاب مستعملان في اللغة في هبة الرقبة وينبغي أن ينوى أن عني به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف  
وإن عني به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف ولو قال لرجلين داري لأطولكما حياة فهو باطل لانه لا يدري أيهما  
أطول حياة فكان هذا تعليق التملك بالخطر فبطل ولو قال داري لك حبيس فهذا عارية عند أبي حنيفة وعنده  
أبي يوسف هو هبة وقوله حبيس باطل بمنزلة الرقبى (وجه) قوله أن قوله داري لك تملك وقوله حبيس نفي الملك فلم  
يصح النفي وبقي التملك على حاله (وجه) قوله أن قوله حبيس خرج تفسير القول لك فصار كأنه ابتداء بالحبيس  
فقال داري حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال داري رقبى لك كان عارية بالاجماع كره  
القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ولو وهب عارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان  
أو على أن يرد هاهنا عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لأن هذه الشروط مما لم تمنع وقوع التصرف تملكا للحال  
وهي شروط تخالف مقتضى العقد فبطل وبقي العقد على الصحة بخلاف شروط الرقبى على ما بينا وبخلاف البيع  
فانه تبطل هذه الشروط لأن القياس أن لا يكون قران الشرط القاسد لعقد ما مفسر الله لأن ذكره في العقد لم يصح فيلحق  
بالعدم وبقي العقد صحيحا إلا أن الفساد في البيع للنهي الوارد فيه ولا نهى في الهبة فيبقى الحكم فيه على الأصل ولأن  
دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا يجري مجرى  
الترغيب في أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وهذا يدب إلى التهادي والهدية هبة وروى عن  
الصدوق رضي الله عنه أنه قال لسيدنا عائشة رضي الله عنها إن كنت تحلت لك كذا وكذا وعن سيدنا عمر رضي الله عنه  
أنه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب فهو على  
هيبته يرجع فيها إن لم يرض عنها ونحوه من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بين ما قرنها بشرط فاسد أو لم  
يقرن وعلى هذا يخرج ما إذا وهب عارية واستثنى ما في بطنها أو وهب حيوانا واستثنى ما في بطنه أن الهبة جائزة في  
الأم والولد جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام في العقود التي فيها استثناء الحمل أنها أقسام ثلاثة  
قسم منها يبطل ويبطل الاستثناء جميعا وقسم منها يبطل الاستثناء وقسم منها يصح ويصح الاستثناء (أما)  
الأول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لأن الاستثناء لما في البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العقود تبطل  
بالشروط الفاسدة (وأما) القسم الثاني فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأن هذه العقود



لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل الام والولد جميعا في العقد لان الشرط الفاسد  
وهو الاستثناء فيها اذا لم يصح التحق بعدم فصار كأنه لم يستثنى وكذا العتق بان اعتق جارية واستثنى ما في بطنها انه  
يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى يعتق الام والولد جميعا قلنا (وأما) القسم الثالث فالوصية بان أوصى رجل  
بجارية واستثنى ما في بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد أبقى ما في بطنها ميراثا لورثته والميراث  
يجري فيما في البطن وهذا بخلاف ما اذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلته لورثته انه نصح الوصية ويبطل  
الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلته  
لإنسان ومات الموصى ثم مات الموصى له بعد القبول لا نصير الغلة والخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود الى ورثة  
الموصى وبمثل لو أوصى بما في بطن جارية بغيره لا انسان والمسئلة بحالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افترق الا  
لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وان كانت القرينة منقعة بان قال دارى لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة  
سكنى أو سكنى هبة أو عمرى جارية ودفعها اليه فهذا كله عارية لانه لما ذكر السكنى في قوله دارى لك سكنى أو  
عمرى سكنى أو صدقة سكنى دل على انه أراد تملك المنافع لان قوله هذا لك ظاهره وان كان تملك العين لكنه محتمل  
تملك المنفعة لان الاضافة الى المستعير والمستأجر منقعة عرفا وشرا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها  
فكان محكما فجعل تفسير المحتمل وبيانا انه أراد به تملك المنفعة وتملك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا  
قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسير الهبة لان قوله هبة محتمل هبة العين ويحتمل هبة المنافع فاذا قال سكنى فقد عين  
هبة المنافع فكان بيانا المراد المتكلم انه أراد هبة المنافع وهبة المنفعة تملكها من غير عوض وهو معنى العارية واذا قال  
سكنى هبة فعناها أن سكنى الدار هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال هي لك عمرى تسكنها أو هبة  
تسكنها أو صدقة تسكنها ودفعها اليه فهو هبة لانه ما فسر الهبة بالسكنى لانه لم يجعله نعتا فيكون بيانا للمحتمل بل وهب  
الدار منه ثم شاوره فيما يعمل بملكه والمشورة في ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما  
اذا قال وهبها لك لتؤجرها ولو قال هي لك تسكنها كانت هبة أيضا لان الاضافة بحرف اللام الى من هو أهل الملك  
للتملك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا

**فصل** وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الواهب وبعضها يرجع الى  
الموهوب وبعضها يرجع الى الموهوب له (أما) الاول فهو أن لا يكون معلقا بحاله خطر الوجود والعدم من دخول  
زيد وقدم خالد والرقبي ونحو ذلك ولا مضافا الى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غدا أو رأس شهر كذا لان  
الهبة تملك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر والاضافة الى الوقت كالبيع (وأما) ما يرجع الى الواهب فهو ان يكون  
ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لانهما لا يملكان التبرع  
لكونه ضررا محض لا يقابل به نفع دينوى فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الاب لا يملك هبة مال  
الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لان المتبرع بمال الصغير قرر بان ماله لا على وجه الاحسن ولا نه لا يقابل به نفع  
دينوى وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقر بوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولانه اذا لم يقابل به عوض دينوى كان التبرع  
ضررا محضا وترك الرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار  
في الاسلام وقوله عليه الصلاة والسلام من لا يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك طلاق امرأته واعتاق عبده وسائر  
التصرفات الضارة المحضة وان شرط الاب العوض لا تجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه  
الله تجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا تجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده مجوز بشرط  
العوض والاصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده أن كل  
من يملك البيع يملك الهبة بعوض (وجه) قول محمد أن الهبة تملك فاذا شرط فيها العوض كانت تملكها بعوض وهذا

تفسير البيع وانما اختلفت العبارة ولا عذر باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التملك (ولها) أن الهبة بشرط  
المعوض تقع تبرعا ابتداء ثم نصير بيعا في الاسماء بدليل انها تنفذ الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما  
توقف الملك فيه على القبض لان البيع ينفذ الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا ابتداء وهو لا يملك كون التبرع فلم  
تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن نصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع الى الموهوب فأنواع (منها) أن  
يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقدان وهب ما يثمر نخلة العام وما تلد أغنامه السنة ونحو  
ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تملك للحال وتملك المعدوم محال والوصية تملك مضافا الى ما بعد الموت  
والاضافة لا تمنع جوازها وكذلك لو وهب ما في بطن هذه الجارية أو ما في بطن هذه الشاة أو ما في ضرعها لا تجوز وان  
سلطه على القبض عند الولادة والحلب لانه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لان انتفاخ البطن قد  
يكون للحمل وقد يكون لداء في البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبين وقد يكون بغيره فكان له خطر  
الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالاضافة الى ما بعد زمان الحدوث لان التملك بالهبة محال لا يحتمل الاضافة  
الى الوقت فبطل ولهذا لا تجوز بيعه بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح  
استحسانا لانه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا ملوكا كالحال متقدور القبض بطريقه على ما سنده كره ان  
شاء الله تعالى وكذلك لو وهب زيدا في لبن أو ذهبا في سمس أو دقيقا في حنطة لا تجوز وان سلطه على قبضه عند  
حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينعقد ولا سبيل الى الاضافة الى وقت الحدوث فبطل أصلا  
بخلاف ما اذا وهب صوفاعا على ظهر الغنم وجزءه وسلمه انه لا تجوز لان الموهوب موجود مملوك للحال الا أنه ينفذ للحال  
لما نعه وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فاذا جوزه فقد زال المانع زال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما  
لو وهب شقصا مشاء ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة  
والدم وصيد الحرم والاحرام والخزير وغير ذلك على ما ذكرنا في البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد  
والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرار امن وجه ولهذا لم يجز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمقتوم كالنمر ولهذا لم يجز  
بيعها (ومنها) أن يكون مملوكا كافي نفسه فلا تجوز هبة المباحات لان الهبة تملك وتملك ما ليس بمملوك محال (ومنها)  
أن يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه لاستحالة تملك ما ليس بمملوك وان شئت رددت هذا  
الشرط الى الواهب وكل ذلك صحيح لان المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلاقة التي تدور عليها الاضافة هي  
الملك فيجوز رد هذا الشرط الى الموهوب ويجوز رده الى الواهب في صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا  
أو دينا فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا (وأما) هبة الدين لغير من عليه الدين فجاز أيضا اذا أذن له  
بالقبض وقبضه استحسانا والقياس ان لا تجوز وان أذن له بالقبض (وجه) القياس ان القبض شرط جواز الهبة وما في  
الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما اذا وهب لمن عليه لان الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة  
قبض الذمة (وجه) الاستحسان ان ما في الذمة متقدور التسليم والقبض ألا ترى ان المدينون يجبرون على تسليمه الا  
أن قبضه قبض العين فاذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة الا أنه لا بد من الاذن بالقبض صريحا  
ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما ذكره في موضعه (ومنها) أن يكون محسوزا فلا تجوز  
هبة المشاع فيما يقسم وتجزى في الاقسام كالعبد والحمام والدن ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط  
وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عز وجل فنصف ما فرضم الا أن يعفون أو جب  
سبحانه وتعالى نصف الفروض في الطلاق قبل الدخول الا أن يوجد الخط من الزوجات عن النصف من غير  
فصل بين العين والدين والمشاع والمقسم فيدل على جواز هبة المشاع في الجملة وبما روى أن رسول الله صلى الله  
عليه وسلم انه لما شدد في الغلول في الغنيمة في بعض الغزوات فقام عليه الصلاة والسلام الى سنام بعير وأخذ منه



وبرة نعم قال أما لي لا يحل لي من غنيمتكم ولو يمثل هذه البرة الخمس والخمس مردود فيكم ردوا الخيط والمحيط فان الغلول عار وشنا على صاحبه الى يوم القيامة فجاء اعرابي بكبة من شعر فقال اخذتها لاصليح بها بردة بعيري يا رسول الله فقال أما نصيبني فهو لك وسأسلمك الباقي وهذا هبة المشاع فيما ينقسم وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه فنظر الى موضع المسجد فوجده بين أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فاستبأ أسعد نصيبهما اليهب الكل من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى ذلك فوهب أسعد نصيبه من النبي عليه الصلاة والسلام فوهبا أيضا نصيبهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قبل النبي عليه الصلاة والسلام الهبة في نصيب أسعد وقبل في نصيب الرجلين أيضا ولو لم يكن جائزا لما قبل لأن أذى حال فعل النبي عليه الصلاة والسلام الجواز ولأن الشيع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لأن حكم الهبة الملك والشياع لا يمنع الملك ألا ترى أنه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيوع لا يمنع القبض لأنه يحصل قابضا للنصف المشاع بخليعة الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم وإن كان القبض فيها شرطا لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روى أن سيدنا أبا بكر رضي الله عنه قال في مرض موته لسيدتنا عائشة رضي الله عنها إن أحب الناس إلي غني أنت وأعزهم علي فقرا أنت وإني كنت تحملك في جدار عشرين وستا من مالى بالعالية وإنك لم تكوني قبضتيه ولا جذيتيه وإنما هو اليوم مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق جدار عشرين وستا من مالى بالعالية وإنك لم تكوني قبضتيه ولا جذيتيه وإنما هو اليوم مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق رضي الله عنه القبض والقيمة في الهبة لثبوت الملك لأن الحياة في اللغة جمع الشيء المفرق في جزوه وهذا معنى القسمة لأن الانصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب في جزوه وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه قال ما بال أحدكم ينحل ولده نحل لا يجوزها ولا يقسمها ويقول إن مات فهو له وإن مات رجعت إلي وإمام الله لا ينحل أحدكم ولده نحل لا يجوزها ولا يقسمها فيموت إلا جعلتها ميراثا لورثته والمراد من الحياة القبض هنا لأنه ذكرها بمقابلة القسمة حتى لا يؤدي إلى التكرار أخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك بحضور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل أنه أنكر عليهم منكر فيكون إجماعا ولا أن القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور فان سكنى نصف الدار شائعا وليس نصف الثوب شائعا محال ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل لأن العقد لم يتناول الكل وهكذا نقول في المشاع الذي لا يقسم أن معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا إلا أن هناك ضرورة لأنه يحتاج إلى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل إلى إزالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فمست الضرورة إلى الجواز وإقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف ولا ضرورة هنا لأن الحل محتمل للقسمة فيمكن إزالة المانع من القبض الممكن بالقسمة أو نقول الصحابة رضي الله عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة دون المعنى على ما بينا إلا أنه اكتفى بالصورة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة هنا فلزم اعتبار الكمال في القبض ولا يوجد في المشاع ولأن الهبة عقد تبرع فلو بحث في مشاع محتمل القسمة لصار عقد ضمان لأن الموهوب له يملك مطالبه الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي إلى تغيير المشروع ولهذا نقف الملك في الهبة على القبض لما أنه لو ملكه بنفس العقد ثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم فيؤدي إلى إيجاب الضمان في عقد التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لأن هناك لا يتصور إيجاب الضمان على المتبرع لأن الضمان ضمان القسمة والحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق (وأما) الآية فلا حجة فيها لأن المراد من المفروض الدين لا العين ألا ترى أنه قال الآن يعفون والعفو استقاط واستقاط الأعيان لا يعقل وكذا الغالب في المهر أن يكون

دينا وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لأنه استقاط الدين عنه وأنه جائز في المشاع (وأما) حديث الكبة فيحتمل أن النبي عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فوهبوا وسلموا الكل جملة وفي الحديث ما يدل عليه فإنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأسلمك الباقي وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليخلف في وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على أن ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لأن كبة واحدة لو قسمت على الجمل الغفير لا يصيب كلا منهم إلا نزر حثيرة لا ينتفع به فكان في معنى مشاع لا ينقسم (وأما) حديث أسعد بن زرارة فحكاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشرى كاهه وهبا نصيبه مأمنا وسلموا الكل جملة وهذا جائز عندنا ويحتمل أن الانصباء كانت مقسومة مفرزة ويجوز أن يقال في مثل هذا بينهم إذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كترية بين جماعة أمما نصف الهم وإن كانت أنصباؤهم مقسومة واحتتمل بخلافه فلا يكون حصة مع الاحتمال لأن حكاية الحال لا عموم له ولو قسم ما وهب وأقره ثم سلمه إلى الموهوب له جائز لأن هبة المشاع عندنا منعقدة وموقوف فثابته على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح إذا الشروع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك ولا سائر الشرائط إلا القبض الممكن من التصرف فاذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث الصديق رضي الله عنه لا يدل عليه فإنه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها إني كنت تحملك جدار عشرين وستا من مالى وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لأن النحل من الفاظ الهبة ولو لم ينقل فعله الصديق رضي الله عنه لانهما كانا ليعتقدنا باطلا فدل قول الصديق رضي الله عنه على انعقاد العقد في نفسه ونوقف حكمه على القسمة والقبض وهو عين مذهبنا والله عز وجل أعلم وكذلك لو وهب نصف داره من رجل ولم يسلم إليه ثم وهب منه النصف الآخر وسلم إليه جملة جائزا قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم إليه بنحلية الكل ثم وهب منه النصف الآخر وسلم إليه الهبة لأن كل واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما ينقسم لا تنفذ إلا بالقسمة والتسليم ويستوى فيه الجواب في هبة المشاع بين أن يكون من أجنبي أو من شريكه كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا يجوز الهبة إلا مقبوضة بخوذة من غير فصل ولأن المانع هو الشيع عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله (وجه) قوله أن الشيع لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض ولا يمنع جواز كالمفروض (ولنا) أن القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع أولا يتكامل فيه لما بينا في الهبة ولأن التصديق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشروع على ما بينا في الهبة ولو وهب شيئا ينقسم من رجلين كالدار والدرهم والدنانير ونحوها وقبضها لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند أبي يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان من واحد شيئا ينقسم وقبضه أنه يجوز فأبو حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعا فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشيع وقت القبض وهما جوازها لأنه لم يوجد الشيع في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوزوا هبة الاثنين من واحد (أما) أبو حنيفة رحمه الله فلم يعدد الشيوع في وقت القبض (وأما) هما فلا نعلم في الحالين لأنه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض ومدار الخلاف بينهم على حرف وهوان هبة الدار من رجلين تملك كل الدار جملة أو تملك من أحدهما والنصف من الآخر فعند أبي حنيفة تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر فيكون هبة المشاع فيما ينقسم كأنه أفرد تملك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هي تملك الكل منهما لا تملك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون تملك الشائع فيجوز (وجه) قوله أن العمل بموجب الصيغة هو الأصل وذلك فيما قلنا لأن قوله وهبت هذه الدار كلها هبة كل الدار جملة منها لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر لأن ذلك توزيع وتريق واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغة إلا للضرورة والصحة وفي العدول عن ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب الشيوع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تملك الكل منهما بموجب التملك



منها ثبوت الملك لهما في الكل وانما ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند الانقسام ضرورة المزاحمة واستواءهما في الاستحقاق اذ ليس لكل واحد منهما أولى من الآخر لدخول كل واحد منهما في العقد على السواء كالاخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال حتى لو اقر دأحدهما يستحق كل المال واذا جاءت المزاحمة مع المساواة في الاستحقاق ثبتت عند انقسام الميراث في النصف وكذا الشقيعان ثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشقة لضرورة المزاحمة والاستواء في الاستحقاق وان كان السبب في حق كل واحد منهما صالحا لاثبات حق الشقة في الكل حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر وعلى هذا مسائل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب للصيغة بل لتضابق المحل لهذا جاز الرهن من رجلين فكان ذلك رهنا من كل واحد منهما على الكمال اذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جازلانه يكون رهن المشاع لهذا الوقضى الراهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا تمليك مضاف الى الشائع فلا يجوز كما اذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا تمليك مضاف الى الشائع ان قوله وهبت هذه الدار منك اما ان يكون تمليك كل الدار من كل واحد منهما واما ان يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لا سبيل الى الاول لان الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والحال لا يكون موجب العقد فتمين الثاني وهو أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان كل الدار مملوكا لكل واحد منهما لملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبة صاحبه بالهبة أو بالتسمة وهذا آية ثبوت الملك له في النصف واذا كان هذا تمليك الدار لهما على التناصف كان تمليكهما مضافا الى الشائع كانه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوع يؤثر في القبض الممكن من التصرف على مامر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد بعقده يقصد أمر محال ايضا فكان موجب العقد التمليك منهما على التناصف لان هذا تمليك الدار منهما فكان عملا بموجب الصيغة من غير حالة فكان أولى بخلاف الرهن فان الدار الواحدة تصلح رهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بأن يحبساه معا أو يضعاه جميعا على يدي عدل فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما وهذا مما لا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق وعند أبي حنيفة رحمه الله اذا وهب من رجلين قسم ذلك وسلم الى كل واحد منهما جاز لان المانع هو الشيوع عند القبض وقد زال هذا اذا وهب من رجلين شيئا مما يقسم فان كان مما لا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فاقدم ثم على أصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا انصفها ولهذا انصفها جاز لان قوله لهذا انصفها ولهذا انصفها خرج تفسير الحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن جعله تفسير النفس العقد لان العقد وقع تمليك الدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسير الحكم فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا انصفها لم يجوز لان الشيوع دخل على نفس العقد منع الجواز ولو قال وهبت لكما هذه الدار ثلثها لهذا وثلثها لهذا لم يجوز عند أبي يوسف وجاز عند محمد (وجه) قول محمد ان العقد متى جاز لاثنتين يستوى فيه التساوى والتفاضل كعقد البيع (وجه) قول أبي يوسف ان الجواز عند التساوى بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعا في العقد ولما فضل أحد النصيبين عن الآخر تعذر جعله تفسير لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفضيل أحد النصيبين في معنى افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع يؤثر في الهبة ولا يؤثر في البيع ولو رهن من رجلين لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه ونصفه لهذا ونصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما اذا أهبهم بان قال وهبت منكأه يجوز ولو وهب من فقيرين شيئا ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصديق عليهما لان

الهبة من الفقير صدقة لا نه يتقيا بها وجه الله تعالى وسند كركمها ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون الثمر والتمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس يوهوب اتصال جزءه فكل كية المشاع ولو فضل وسلم جاز كما في هبة المشاع ولو صدق بعشرة ذراهم على رجلين فان كانا غنيين لم يجوز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لان التصديق على الغني ميتة في الحقيقة والهبة من اثنين لا يجوز وعندهما جائزة وان كانا فقيرين فعندهما يجوز كما يجوز في الهبة من رجلين وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في كتاب الهبة لا يجوز وفي الجامع الصغير يجوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشياخ كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على ما ذكرنا فاقدم وهبتا يتحقق الشيوع في القبض (وجه) رواية الجامع وهي الصحيحة ان معنى الشيوع في القبض لا يتحقق في الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب بالصدقة الى الله عز وجل ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله تبارك وتعالى ألم يعلموا أن الله هو قبل التوبة عن عبادده يأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام الصدقة تقع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع كما لو تصديق على فقير واحد ثم وكل بتبضعها وكيلين بخلاف التصديق على غنيين لان الصدقة على الغني يتقيا بها وجه الغني فكانت هدية لا صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يتقيا بها وجه الله تعالى والدار الاخرة والهدية يتقيا بها وجه الرسول وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوع في القبض وأنه مانع من الجواز عنده (ومنها) القبض وهو أن يكون الموهوب مقبوضا وان شئت رددت هذا الشرط الى الموهوب له لان القابض والمقبوض من الاسماء الاضافية والعلاقة التي تدور عليها الاضافة من الجانبين هي القبض فيصح رده الى كل واحد منهما في صناعة الترتيب فتأمل والكلام في هذا الشرط في موضعين في بيان أصل القبض انه شرط أم لا وفي بيان شرائط صحة القبض (أما) الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء شرط والموهوب قبل القبض على مالك الواهب يتصرف فيه كيف شاء وقال مالك رحمه الله ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض (وجه) قوله ان هذا اعتد به عتمليك العين فيفيد الملك قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ما رواه ابن سيرين وأبو بكر وسيدنا عمر رضي الله عنهما اعتبر القسمة والقبض لجواز النحل بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعا وروى عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم أنهم قالوا لا يجوز الهبة الا مقبوضة محبوزة ولم يرد عن غيرهم خلافة ولا انها اعتد به فلو بحثت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغير المشرع بخلاف الوصية لانه ليس في إيجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها اذ لا مطالبة قبل المتبرع وهو الموصى لانه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس بشرط ونحو جواز الصدقة اذا علمت وان لم تقبض ولا يجوز الهبة ولا النحل الا مقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما قالوا اذا علمت الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال خبرا عن الله سبحانه وتعالى يا ابن آدم تقول مالي مالي وليس لك من مالي الا ما أكلت فافقت او لبست فاقبضت او تصدقت فاقبضت اعتبر الله سبحانه وتعالى الامضاء في الصدقة والامضاء هو التسليم دل أنه شرط وروى عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم أنهم قالوا لا تتم الصدقة الا بالقبض ولان التصديق عقد تبرع فلا فيسد الحكم بنفسه كالهبة وما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما محمول على صدقة الاب على ابنه الصغير وبه نقول لا حاجة هناك الى القبض حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض (والثاني) شرائط صحة القبض فانواع (منها) أن يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير اذن البائع قبل قد انقضى حق البائع حق الاسترداد



فلان يكون في الهبة أولى لأن البيع يصح بدون القبض والهبة لا تحسب لها بدون القبض فلما كان الاذن بالقبض شرطاً للصحة فلا يتوقف صحته على القبض فلان يكون شرطاً في القبض فلا يتوقف صحته على القبض أولى ولأن القبض في باب الهبة يشبه الركن وان لم يكن ركناً على الحقيقة فيشبهه القبول في باب البيع ولا يجوز القبول من غير اذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير اذن الواهب أيضاً والاذن نوعان صريح ودلالة أما الصريح فتحوان يقول القبض أو اذنت لك بالقبض أو رضيت وما يجري هذا الجرى فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحساناً والقياس أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق عن المجلس وهو قول زفر رحمه الله لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وان كان باذن الواهب كالقبول في باب البيع (وجه) الاستحسان ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل اليه ست بدنان فجعلن يزدلفن اليه فقام عليه الصلاة والسلام فتحرهن بيده الشريفة وقال من شاء فليقطع وانصرف فقد أذن لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولأن الاذن بقبض الواهب صريحاً بمنزلة اذن البائع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الدلالة فهي أن قبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهاه الواهب فيجوز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر وقد ذكرنا القياس والاستحسان في الزيادات ولو قبض المشتري المبيع بيعاً جائزاً بحضرة البائع قبل تقادغن لم يجر قبضه قياساً واستحساناً حتى كان له أن يسترد في البيع الفاسد اختلاف روايتي الكرخي والطحاوي رحمهما الله ذكرناهما في البيوع (وجه) القياس أن القبض ركن في الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير اذن كالقبول من باب البيع (وجه) الاستحسان أن الاذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لأن الاقدام على إيجاب الهبة اذن بالقبض لأنه دليل قصد التملك ولا يثبت للمالك الا بالقبض فكان الاقدام على الإيجاب اذناً بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً بخلاف ما بعد الافتراق لأن الاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق ولأن للقبض في باب الهبة شبهة بالركن فيشبهه القبول في باب البيع وإيجاب البيع يكون اذناً بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق فكذا إيجاب الهبة يكون اذناً بالقبض لا بعد الافتراق ولو وهب شيئاً متصلاً بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالنمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الأرض أو حلية السيف دون السيف أو التقيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه الا بالفصل والتبضع ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الواهب لم يجر القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للاذن الثابت دلالة الإيجاب ولم يوجد ههنا لأن الإيجاب لم يقع حيثما جاز وجوده فلا يصح الاستدلال على الاذن بالقبض وان قبض باذنه يجوز استحساناً والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر بناء على أن العقد اذا وقع فاسداً من حين وجوده لا يحتل الجواز عند محال لا استحالة انتقال الفاسد جازاً وعندنا يحتل الجواز باستقاط الفساد متصوفاً على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما في كتاب البيع وكذلك اذا وهب ديناً له على إنسان لا آخراته ان قبض الموهوب له باذن الواهب صريحاً جاز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وان قبضه بحضرة ولم ينه عن ذلك لا يجوز قياساً واستحساناً فرق بين العين والدين (وجه) الفرق أن الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالاذن لكون الإيجاب فيها دلالة الاذن بالقبض لكون دلالة قصده تملك ما هو ملكه من الموهوب له وإيجاب الهبة في الدين لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الاذن بقبضه لأن دلالة بواسطة دلالة قصد التملك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق الا بالتصريح بالاذن بالقبض لأنه اذا أذن له بالقبض صريحاً قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير قبض العين قابضاً للواهب أولاً ولا يصير المقبوض ملكاً له أولاً ثم يصير قابضاً بنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي

ذكرنا واهب ملك نفسه والموهوب له أيضاً ملك الواهب فصحت الهبة والقبض وادام يصرح بالاذن بالقبض بقى المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين ومنها أن لا يكون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب داراً فيها متاع الواهب وسلم الدار اليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فانه لا يجوز لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قبل الحيلة في صحة التسليم ان يودع الواهب المتاع عند الموهوب له أولاً ويخلي بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار اليه فتجوز الهبة فيها لأنها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له وفي هذه الحيلة اشكال وهو أن يودع المودع معني فكانت يده قائمة على المتاع فتتمنع صحة التسليم ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغاً جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لأن المانع من النفاذ قد زال فينشد كفاً في هبة المشاع ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلي بينه وبين المتاع جازت الهبة لأن المتاع لا يكون مشغولاً بالدار والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا الافتراق فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهبهما جميعاً صفقة واحدة وخلي بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعاً لأن التسليم قد صح فيهما جميعاً فان فرق بينهما في الهبة بأن وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو اما ان جمع بينهما في التسليم واما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما جميعاً وان فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظري في ذلك وروعي فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فلهبة في الدار لم تجز لأنها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ولو قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعاً أما في المتاع فلا لأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما في الدار فلا لأنها وقت التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض وعلى هذا الأصل أيضاً يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو حيواناً واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز لأنه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لأنه لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولاً بغيره يمنع صحة القبض ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الام يجوز وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسألة وإيتان (وجه) رواية عدم الجواز أن الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبهه هبة دار فيها متاع الواهب (وجه) رواية الجواز وهي رواية الكرخي أن حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد لأن حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله إياه ظاهر أو هذا معنى الاستثناء ولو لم يستثنه لفظاً جازت الهبة في الام فكذا اذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة وفرق بين الاعتاق والتدبير (وجه) الفرق أن المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يجر كهبه دار فيها متاع الواهب وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب داراً فيها حر جالس وهذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا ومنها أن لا يكون الموهوب متصلاً بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور وبغيره ليس بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما اذا وهب أرضاً فيها زرع دون الزرع أو شجر اعلاها ثم دون الثمر أو وهب الزرع دون الأرض أو الثمر دون الشجر وخلي بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء منع صحة القبض ولو جذا الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغاً جاز لأن المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع بينهما في الهبة فوهبهما جميعاً وسلم متفرقاً جاز ولو فرق بينهما في الهبة فوهب كل واحد منهما بعقد على حدة بأن وهب الأرض ثم الزرع أو الزرع ثم الأرض فان جمع بينهما في التسليم جازت الهبة فيهما جميعاً وان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعاً قدم أو آخر سواء بخلاف الفصل الاول لأن المانع من صحة القبض هنا الاتصال وانه لا يختلف والمانع هناك الشغل وانه يختلف نظير هذا ما اذا وهب نصف الدار مشاعاً من رجل ولم يسلم اليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل انه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا وهب صوفاً على ظهر غنم انه لا يجوز لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة



القبض ولو جزه وسلمه جازل وال مانع والله عز وجل أعلم وعلى هذا إذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فأجاز لما قلنا بخلاف هبة ما في بطن جارية أو في بطن غنمة أو في بطن غنمة أو هبة سم في لبن أو دهن في سمس أو زيت في زيتون أو دقيق في حنطة أنه بطل وإن سلطه على قبضه عند الولاية أو عند استخراج ذلك لأن الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوماً لهذا لم يجز بيعها فلا يجوز هبتها وهذا بخلافه على ما تقدم ومنها أهلية القبض وهي العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحساناً فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطاً ولا يجوز قبض الصبي وإن كان عاقلاً (وجه) القياس أن القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع (وجه) الاستحسان أن قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملك وليه ومن هو في عياله وكذا الصبي إذا عقلت جاز قبضها ما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه إذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبد دين أو لا فالقبض إلى العبد والمالك للمولى في المقبوض لأن القبض من حقوق العتد والعتد وقع للعبد فكان القبض إليه ولأن الأصل في بني آدم الحرية والرق لعارض فكان الأصل فيهم إطلاق التصرف لهم والأصح جاز لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبق فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد التمس للمولى وكذلك المكاتب إذا وهب له هبة فالقبض إليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا في القن فإذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى لأن الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية في أحد نوعي القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان قبض بطريق الاصل والقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الاصل فهو أن يقبض بنفسه بشرط جواز العقل فقط على ما بينا (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض نوعان نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس القبض أما الأول الذي يرجع إلى القابض فهو القبض للصبي بشرط جواز الولاية بالجنح والعيالة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم المولى فيقبض له أبوه ثم وصي أبيه بعده ثم جده أبو أبيه بعد أبيه ووصيه ثم وصي جده بعده سواء كان الصبي في عياله هؤلاء ولم يكن فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرهم لأن هؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له وإذا غاب أحد منهم غيبة منتظمة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لأن التأخير إلى قدوم الغائب تهويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية إلى من يتلوه وإن كان دونه كافي ولاية الانكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عياله القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحاً محرم منه كالأخ والعمة والام ونحوهم أو أجنبياً لأنه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي فقيام ولاية التصرف لهم تمنع نبوت حق القبض لغيرهم فإن لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحساناً والقياس أن لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبياً كان أو ذارحاً محرم منه قياساً واستحساناً وأما كان كذلك لأن الذي في عياله عليه ضرب ولاية ألا ترى أنه يؤديه ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا التدرج من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي (وأما) من ليس في عياله فلا ولاية له عليه أصلاً فلا يجوز قبضه له كالأجنبي والقبض للصبي إذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضاً استحساناً لأنها في عياله لكن هذا إذا لم يكن أحد من هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره (وأما) الثاني الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذا ما تلاقى غير أن ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسدده فتثبت المناوأة مقتضى المائلة وإذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا في مسائل إذا كان الموهوب في يد الموهوب له ودعية أو عارية

فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العتد ووقع العتد والقبض معا ولا يحتاج إلى تجديد القبض بعد العتد استحساناً والقياس أن لا يصير قابضاً ما لم يجدد القبض وهو أن يخل بين نفسه وبين الموهوب بعد العتد (وجه) القياس أن يد المودع إن كانت يده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده فصار كأنه وهب له ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية (وجه) الاستحسان أن القبضين متاثران لأن كل واحد منهما قبض غير مضمون إذا الهبة عتد تبرع وكذا عتد الوديعة والعارية فبما تلت القبضان في تناوب ضرورية بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير لأن قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لأنه قبض أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يمتثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا ولو كان الموهوب في يده مضموناً أو متبوعاً ببيع فاسد أو متبوعاً على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعتد وهو أصل القبض وزيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهوناً في يده ذكر في الجامع أنه يصير قابضاً وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لأن قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضاً فيمتثلان فتاب أحداهما عن الآخر ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة والأقوى ينوب عن الأدنى لوجود الأدنى فيه وزيادة إذا تمت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع الرهن يدينه على الراهن وذكر الكرخي أنه لا يصير قابضاً حتى يجدد القبض بعد عتد الهبة لأن قبض الرهن وإن كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يمتثل إلا براءة الهبة ليصير قبض أمانة فيمتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المنصوب والمقبوض على سوم الشراء لأن ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيأمنه الهبة ويبقى قبض غير ضمان فبما تلت القبضان فيمتثلان ولو كان مبيعاً قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون أقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعه من البائع قبل القبض لا يجعل أقالة بل يبطل أصلاً ورأساً والفرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع ولونخل ابنه الصغير شيئاً جاز ويصير قابضاً مع العتد كما إذا باع ماله منه حتى لو هلك عتبه البيع بهلك من مال الابن لصيرورته قابضاً للصغير مع العتد وينبئ للرجل أن يعدل بين أولاده في التحلي لتولده سبحانه وتعالى إن الله يأمر بالعدل والاحسان (وأما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف العدل في ذلك أن يسوى بينهم في العطية ولا يفضل الذكور على الإناث وقال محمد العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في الموارث للذكور مثل حظ الإناثين كذا ذكر القاضي الاختلاف بينهما في شرح مختصر الطحاوي وذكر محمد في الموطأ ينبئ للرجل أن يسوى بين ولده في التحلي ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضي أن يكون قوله مع قول أبي يوسف وهو الصحيح لما روى أن بشيراً أبا النعمان أتى بالنعمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتى نخلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نخلته مثل هذا فقال لا فقال النبي عليه الصلاة والسلام فارجعه وهذا إشارة إلى العدل بين الأولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ولأن في التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى ولونخل بعضاً وحرم بعضاً جاز من طريق الحكم لأنه تصرف في خالص ملكه لا حق لاحد فيه إلا أنه لا يكون عدلاً سواء كان المحرم فقيراً أو جاهلاً فاستأ على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس أن يعطى المتأخرين والمتفقهين دون الفسقة الفجرة

﴿فصل﴾ وأما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته وفي بيان ما يرفع الحكم أما أصل الحكم فهو نبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض لأن الهبة تملك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض وأما صفته فقد اختلف فيها قال أصحابنا هي نبوت ملك غير لازم في الأصل ولله ما وهب إن يرجع في هبته وإنما ثبت الزوم وبتت الرجوع بأسباب عارضه وقال الشافعي رحمه الله الثابت بالهبة ملك لازم في الأصل ولا يثبت الرجوع إلا في هبة الولد خاصة وهي هبة الولد لولده فتقول يقع



الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان نبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد نبوت الحق وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً أما نبوت حق الرجوع فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا فيما بهب الوالد ولده وهذا نص في مسألة هبة الاجنبي والوالد وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال العائد في هبته كالماث في قبضه والعود في التيء حرام كذا في الهبة ولأن الأصل في العقود هو اللزوم والامتناع عارض خلل في المقصود ولم يوجد لأن المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلاً (ولنا) الكتاب والسنة واجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الكتاب العزيز فقوله تعالى وإذا حميتم بتحية غيوا يا حسن منها أو ردوها والتحية وإن كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهبة بالمال (قال القائل) « تحيتهم بيض الولاء عبد بينهم » لكن الثالث نفس يرمراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى أو ردوها لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض لأنه عبارة عن إعادة الشيء ولا يتصور في الأعراض والمشتك يتعين أحد وجوه بالدليل وأما السنة فما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض وهذا نص في الباب وأما إجماع الصحابة فإنه روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم أنهم قالوا مثل مذهبننا ولم يرد عن غيرهم خلافاً فيكون إجماعاً ولأن العوض المالى قد يكون مقصوداً من هبة الاجنبي فان الانسان قد يهب من الاجنبي احساناً اليه وانعاماً عليه وقد يهب له طمعاً في المكافأة والحجازة عرفاً وعادة فالموهوب له مندوب الى ذلك شرعاً قال الله تبارك وتعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع اليكم معروفًا فكافؤوه فان لم تجدوا ما تكافؤوه فادعوا له حتى يعلم انكم قد كافؤتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتهادى تفاعل من الهدية فيقتضى الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لانه لعدم الرضا والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط لزوم كافي البيع اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الاول فله تأويلان احدهما انه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء وذلك لا يجوز عندنا الا فيما بهب الوالد ولده فانه يحل له اخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للاتفاق على نفسه الثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لا من حيث الحكم لأن نفي الحل محتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج قيل في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلف ان تزوج عليهن بعدما اخترن اياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث الحكم اذ كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث والآخرة المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة الا ترى انه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى العائد في هبته كالكلب يقي ثم يعود في قبضه وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا وقوله فيما بهب الوالد ولده محمول على اخذ مال ابنه عند الحاجة اليه لكنه ساء رجوعاً لتصوره بصورة الرجوع مجازاً وان لم يكن رجوعاً حقيقة على ما ذكره في تلك المسئلة ان شاء الله تعالى وأما شرائط الرجوع بعد نبوت الحق حتى لا يصح بدون القضاء والرضا لأن الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصح بدون القضاء والرضا كالرد بالعيب في البيع بعد القبض وأما العوارض المانعة من الرجوع فانواع منها هلاك الموهوب لانه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع في قيمته لانه لا سبيل

بموهوبة لا لعدم ورود العقد عليها ومنها خروج الموهوب من ملك الواهب بأي سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لأن الملك يختلف بهذه الاشياء أما البيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذا بالموت لأن الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للموت حقيقة لأن الملك عرض يتجدد في كل زمان الا انه مع تجدد حقيقة جعل متجدداً بقدره في حق اغل حتى برد الوارث بالعيب ورد عليه فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك فاختلف المالك باختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عينا لم يكن له ان يرجع في عين أخرى فكذا اذا وجبه ملكاً لم يكن له ان يفسخ ملكاً آخر بخلاف ما اذا وهب لعبد رجل هبة فتبعضها العبدان للواهب ان يرجع فيها لأن الملك هناك لم يختلف لأن الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابداء فلم يختلف الملك وكذا المكاتب اذا وهب له هبة وقبضها فالواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك ان أعتق المكاتب لأن الملك الذي أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكانه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب ورد في الرق فالواهب ان يرجع عند أبي يوسف وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بناء على ان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالولى ملك كسائه حكم الملك الاول أو يملكه كملك كسائه فأنشد أبو يوسف يملكها بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد يملكها كملك كسائه فاختلف الملك فمنع الرجوع (وجه) قول محمد ان ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لأن المكاتب صار أحق بكسائه بالكتابة فبطل ملك المولى بالكسب والبطل لا يحتمل العود فكان هذا كملك كسائه فمنع الرجوع كملك الوارث (وجه) قول أبي يوسف ان سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة الا انه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل الى المقصود من الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية باداء بدل الكتابة فاذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة فلم يكن هذا كملك كسائه أو منها موت الواهب لأن الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه ومنها الزيادة في الموهوب زيادة متصلة فنقول جملة الكلام في زيادة الهبة انها لا تخلو إما ان كانت متصلة بالأصل وإما ان كانت منفصلة عنه فان كانت متصلة بالأصل فانها تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أو لا بفعله وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما اذا كان الموهوب جارية هزيلة فسميت أو داراً فبنى فيها أو أرضاً ففرس فيها غرساً أو نصب دولاً أو غير ذلك مما يستقي به وهو مثبت في الأرض مبنى عليها على وجه يدخل في بيع الأرض من غير تسمية قليلاً كان أو كثيراً أو كان الموهوب ثوباً فصبغه بعصفر أو زعفران أو قطعة قميصاً وخاطه أوجبة وحشاه أو قباه لانه لا سبيل الى الرجوع في الأصل مع الزيادة لأن الزيادة ليست بموهوبة اذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها الفسخ ولا سبيل الى الرجوع في الأصل بدون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلاً وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو بقتنه فله ان يرجع لأن المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم يزد الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بعدم وان كانت الزيادة منفصلة فانها لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الأصل كالولد واللين والتمر أو غير متولدة كالارث والعقرو الكسب والغلة لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وانما ورد على الأصل ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد بالعيب لأن المانع هناك هو الار بالانه يبقى الولد بعد رد الار بكل الثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابل به عوض وهذا تفسير الار بالمعنى الرابح لا يتصور في الهبة لأن جريان الرابح يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقى الولد موهوباً مقصوداً بلا عوض بخلاف المبيع وكذا الزيادة في سعر لا تمنع الرجوع لانه لا تعلق لها بالموهوب وانما هي رغبة يحدتها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع فلا تفسير ضمان الرهن ولا القصب ولا تمنع الرد بالعيب وأما نقصان الموهوب فلا تمنع الرجوع لأن ذلك رجوع في بعض الموهوب وله ان يرجع في بعض الموهوب مع بقاءه بكامله فكذا اذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لأن قبض الهبة ليس بقبض مضمون ومنها العوض لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته



ما لم يثبت منها أي ما لم يعوض ولأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض فإذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو أكثر لما روينا من الحديث من غير فصل فنقول العوض نوعان متأخر عن العقد ومشروط في العقد أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضاً والثاني في بيان ماهية هذا التعويض أما الأول فله شرائط ثلاثة الأولى مقابلة العوض بالهبة وهو أن يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو أن يقول هذا عوض من هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك أو نخلتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدل عن هبتك أو كافأتك أو جازيتك أو أتيتك وما جرى هذا الجرى لأن العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب لانسان شيئاً وقبضه الموهوب له ثم إن الموهوب له أيضاً وهب شيئاً للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق الرجوع لأنه لم يجعل الباقي مقابلاً بالأول لا نعدم ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع والثاني أن لا يكون العوض في العقد مملوكاً بذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضاً وإن عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فإن كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضاً لأن التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة إذ لو كان ذلك مقصوده لا مسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض مادخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع وإن كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيراً يمنع الرجوع فإن بعض الموهوب يكون عوضاً عن الباقي لأنه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضاً هذا إذا وهب شيئاً واحداً أو شيئين في عقد واحد فاما إذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يكون عوضاً وقال أبو يوسف لا يكون عوضاً (وجه) قول أبي يوسف أن حق الرجوع ثابت في غير ما عوض لأنه موهوب وحق الرجوع في الهبة ثابت شرعاً فإذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعاً فلا يقع موقع العوض بخلاف ما إذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضاً عن الباقي أنه يجوز وكان مكاناً عوضاً لأن حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز أن يقع موقع العوض (وجه) قولهما أنهما لم يكتبا بعد من متباينين فجاز أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وهذا لأنه يجوز أن يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الأولى لأن الإنسان قد يهب شيئاً ثم يبدله الرجوع فصار الموهوب بأحد العقدين بمنزلة عين أخرى بخلاف ما إذا عوض بعض الموهوب عن الباقي وهو على حاله التي وقع عليها العقد لأن بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب فإن الإنسان لا يهب شيئاً ليس له بعضه عوضاً عن باقيه وقوله حق الرجوع ثابت شرعاً نعم لكن الرجوع في الهبة ليس بواجب فلا يمنع وقوعه عن جهة أخرى كإلوا بعه منه ولو وهب له شيئاً وتصديق عليه بشئ فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالاجماع على اختلاف الأصولين (أما) على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يشكل لأنهما لو لم يكتبا بعد من متفقين لجاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر فعند اختلاف العقدين أولى (وأما) على أصل أبي يوسف رحمه الله فلا بد أن يثبت فيها حق الرجوع فوقعت موقع العوض والثالث سلامة العوض للواهب فإن لم يسلم بأن استحق من يده لم يكن عوضاً وله أن يرجع في الهبة لأن بالاستحقاق تبين أن التعويض لم يصح فكانه لم يعوض أصلاً فله أن يرجع أن كان الموهوب قائماً بعينه لم يهلك ولم يزد خيراً ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فإن كان قد هلك أو استهلك الموهوب لم يضمه كالمهلك أو استهلكه قبل التعويض وكذا إذا ازداد خيراً لم يضم من كالمقبل التعويض وإن استحق بعض العوض وبقي البعض فالباقي عوض عن كل الموهوب وإن شاء رد ما بقي من العوض ويرجع في كل الموهوب إن كان قائماً في يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض (وجه) قوله أن معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعاً فكان الثاني عوض عن الأول فلا يلزم صير عوضاً عن الثاني ثم لو استحق بعض الهبة الأولى كان للموهوب له أن

يرجع في بعض العوض فكذا إذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع في بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة (ولنا) أن الباقي يصلح عوضاً عن كل الهبة ألا ترى أنه لو لم يعوضه إلا في الابتداء كان عوضاً ما نأ عن الرجوع فكذا في الانتهاء بل أولى لأن البناء أسهل إلا أن الواهب أن يردده ويرجع في الهبة لأن الموهوب له غيره حيث عوضه لاستقاط الرجوع بشئ لم يسلم له فثبت له الخيار (وأما) سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لأنه إنما عوض ليستقط حق الرجوع في الهبة فإذا استحق الموهوب تبين أن حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصار كمن صالح عن دين تمسك به لا دين عليه وكذلك لو استحق نصف الموهوب فالموهوب له أن يرجع في نصف العوض إن كان الموهوب مما يحتمل التسمية لأنه إنما جعل عوضاً عن حق الرجوع في جميع الهبة فإذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض بقدره سواء زاد العوض أو نقص في السر أو زاد في البدن أو نقص في البدن كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان كذا روى عن محمد في الأملاء وإنما تمنع الزيادة عن الرجوع في العوض لأنه تبين أنه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد فاسد فيثبت الفسخ في الزوائد وإن قال الموهوب له أنه أراد ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك لأن العوض لم يكن مشروطاً في العقد بل هو متأخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حنيفة بل هو لاستقاط الرجوع وقد حصل له ستقوط الرجوع فيما بقي من الهبة فلم يكن له أن يرجع في العوض فإن كان العوض مستهلكاً ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وإن استحق كل الهبة والعوض مستهلكاً ضمن كل قيمة العوض كذا ذكر في الأصل من غير خلاف وهو واحد روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله وروى بشر روى أخرى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يضم شيئاً وهو قول أبي يوسف (وجه) رواية الأصل أن القبض في العوض ما وقع بخلافه وأما موقعه مبطل الرجوع في الأول فإن لم يسلم المقصود منه بقى القبض مضموناً فجاز يرجع بعينه لو كان قائماً يرجع بقيمة إذا هلك (وجه) الرواية الأخرى أن العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة مبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والخيار والمضمون بالهلاك هذا إذا كان الموهوب أو العوض شيئاً لا يحتمل التسمية فاستحق بعضه (فأما) إذا كان مما يحتمل التسمية فاستحق بعض أحدهما بطل العوض إن كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة إن كانت هي المستحقة فإذا بطل العوض رجع في الهبة وإذا بطلت الهبة يرجع في العوض لأن بالاستحقاق تبين أن الهبة أو التعويض وقع في مشاع يحتمل التسمية وذلك باطل الثاني بيان ماهيته فالعوض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بخلاف من أصحابنا يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها إلا في استقاط الرجوع على معنى أنه يثبت حق الرجوع في الأولى ولا يثبت في الثانية (فأما) فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة لأنه تبرع بتملك العين للحال وهذا معنى الهبة إلا أنه تبرع به ليستقط حق الرجوع عن نفسه في الهبة الأولى فكانت هبة مبتدأة مستقطاً لحق الرجوع في الهبة الأولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيباً فاحتسب لم يكن له أن يردده ويرجع في العوض وكذلك الواهب إذا وجد بالعوض عيباً لم يكن له أن يرد العوض ويرجع في الهبة لأن الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض إذا لم يكن مشروطاً في العقد لم يكن عوضاً على الحقيقة بل كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه إلا في استقاط الرجوع خاصة فإذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه (أما) الواهب فلا لأنه قد سلم له العوض عن الهبة وأنه يمنع الرجوع (وأما) الموهوب له فلا لأنه قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه وهو ستقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها وسواء عوضه الموهوب له أو أجني بأمر الموهوب له أو بغير أمره لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له (أما) الواهب فأنما يرجع في هبته لأن الأجني إنما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه



لم يرجع فكذا اذا عوض الاجنبي بأمره وان عوض بغير أمره فقد تبرع باستقاط الحق عنه والتبرع باستقاط الحق  
عن الغير جائز كالو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها (واما) المعوض فانه لا يرجع على الواهب لان مقصوده من  
التعويض سلامة الموهوب للموهوب له واستقاط حق التبرع وقد سلم لذلك وانما لم يرجع على الموهوب له (واما)  
اذا كان بغير أمره فلا تبرع باستقاط الحق عنه فلا يملك أن يحمل ذلك مضموماً عليه (واما) اذا عوض بأمره لا يرجع  
عليه أيضاً الا اذا قال له عوض عني على اني ضامن لانه اذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب  
عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الأمر الا بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره أطعم عن كفاية  
يمني أو أدز كافي ففعل لا يرجع بذلك على الأمر الا ان يقول له على اني ضامن لانه أمره بما ليس بمضمون عليه  
بخلاف ما اذا أمره بغيره بقضاء الدين فمضاهاه يرجع على الأمر وان لم يقل على اني ضامن نصاً لان قضاء الدين  
مضمون على الأمر فاذا أمره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضاً عن نصفها  
وكان للواهب أن يرجع في النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع في الهبة مما يتجزأ ألا  
تري انه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف  
بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزأ فكان استقاط الحق عن البعض استقاطاً عن الكل  
(واما) العوض المشروط في العقد فان قال وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلفت في ماهية  
هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم ان عقده عقد هبة وجواز بيعه وجواز ربايعه وان هبة ابتداء ببيع انتهاء  
حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما أن يرجع في  
سلعته ما لم يقبضاً وكذا اذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع التابض وغير التابض فيه  
سواء حتى يتقابضاً جميعاً ولو تقابضاً كان ذلك بمنزلة البيع رد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية ويرجع في  
الاستحقاق وتجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر رحمه الله عقده عقدي بيع وجواز بيع ابتداء وانتهاء  
وثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ويهدى الملك بنفسه من غير شرط القبض ولا يملك الرجوع (وجه)  
قوله ان معنى البيع موجود في هذا العقد لان البيع تملك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلافها  
لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التملك (ولنا) انه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه  
العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملاً يشبه الهبة وبأن فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملاً  
بشبه البيع عملاً بالدليلين بقدر الامكان والله عز وجل أعلم (ومنها) ما هو في معنى العوض وهو ثلاثة أنواع الاول  
صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذى رحم محرم من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يرجع الوالد  
فيما به لولده احتج بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحمل لواهب أن يرجع في هبته الا الوالد فيما  
هب لولده وهذا نص في الباب (ولنا) ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب  
منها أي لم يعوض وصلة الرحم عوض معنى لان التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء  
النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة فكان أقوى من المال وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال  
اتقوا الله وصلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الدار الآخرة قد دخل تحت النص وروي عن سيدنا  
عمر رضي الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص في الباب والحديث  
محمول على النبي عن شراء الموهوب لكنه ساهم رجوعاً بحاجز التصوره بصورة الرجوع كما روي أن سيدنا عمر رضي الله  
عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن  
ذلك فقال لا تعد في صدقتك وسيدنا عمر رضي الله عنه قصد الشراء لا العود في الصدقة لكن ساهم عوداً لتصوره  
بصورة العود وهو نهى نذب لان الموهوب له يستحق فيسأحه في ثمنه فيصير كالراجع في بعضه والرجوع مكره وهذا

المعنى لا يوجد في هبة الوالد لولده لان الولد لا يستحق عن المضايقة في الثمن لاستيفاء الثمن لمبايعة بينهما عاده فلم يكره  
الشراء حملناه على هذا توافقاً بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذى رحم محرم فله أن يرجع لتصور معنى  
الصلة في هذه القرابة فلا يكون في معنى العوض وكذا اذا وهب لذى رحم محرم له لا نعدم معنى الصلة أصلاً  
ولو وهب لعبد ذى رحم ومولاه أجنبياً (فاما) ان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً (واما)  
ان كان المولى والعبد جميعاً ذوى رحم من الواهب فان كان العبد ذارحم محرم من الواهب والمولى أجنبياً فله أن  
يرجع بلا خلاف بين أصحابنا لان حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد صورة العقد بلا حكم وانه لا يفيد معنى  
الصلة فانه نعدم معنى العوض أصلاً وان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً اختلفوا فيه قال أبو حنيفة  
رضي الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع (وجه) قولهما أن بطلان حق الرجوع يحصل  
الصلة لانها في معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق لو وقع الحكم للتبرع والحكم وقع للمولى فصار  
كان الواهب أوجب الهبة له ابتداء وانه يمنع الرجوع كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن الملك  
لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض اليه لا الى المولى وانما ثبت ضرورة تعدد الانبات  
للعبد فأقيم مقامه واذا ثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع مع ما أن الملك يثبت له بالهبة  
لكن الهبة وقعت للمولى من وجهه وللعبد من وجهه لان الايجاب أضيف الى العبد والملك وقع للمولى اذا لم يكن دين  
فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة فصارت كالهبة لذى رحم محرم فان كانا جميعاً ذارحم محرم من الواهب فقد ذكر  
الكرخي عن محمد بن قيس قول أبي حنيفة أن يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر في استقاط الرجوع لان الملك لم يقع  
له وقرابة المولى أيضاً لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الاصل في الهبة والامتناع معارض المسقط  
ولم يوجد فلا يستقط وذكر الفقيه أبو جعفر الهندي وانى انه ليس له أن يرجع في هذه المسئلة في قولهم لان الهبة اما أن  
يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحة كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر  
هنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعاً واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم  
وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شيئاً وهو ذورحم محرم من الواهب أو مولاه ذورحم محرم من الواهب انه ان  
أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها ان كان أجنبياً يرجع وان كان قريباً لا يرجع لانه لما أدى فعتق استقر  
ملكه فصار كأن الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع ان كان أجنبياً وان كان قريباً لا يرجع كذا هذا وان  
عجز ورد في الرق فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى في القرابة وعدمها ان كان أجنبياً فالواهب أن  
يرجع وان كان قريباً فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده أوجبت ملكاً موقوفاً على المكاتب وعلى مولاه على  
معنى انه ان أدى فعتق تبين ان الملك وقع له من حين وجوده وان عجز ورد في الرق يظهر انه وقع للمولى من وقت وجوده  
كأن الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول محمد لا يرجع في الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب  
من غير توقف ثم ينتقل الى المولى بالعجز كأنه وهب لحي فمات وانتقل الموهوب الى ورثته الثاني الزوجية فلا يرجع  
كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها  
التوارث في جميع الاحوال فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها  
الثالث التوارث فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها الثواب كالصدقة  
ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى وان لم يكن  
عوضاً في الحقيقة اذا العبد لا يستحق على مولاه عوضاً ولو تصدق على غنى فالقياس أن يكون له حق الرجوع لان  
التصدق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة في الحقيقة فيوجب الرجوع الا انهم استحسنوا وقالوا ليس له  
ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء ألا ترى أن من له نصيب نجب فيه الزكاة ولا عيال لا يكفيه ما في



يده في الصدقة عليه ثواب وإذا كان الثواب مطلوباً من ذلك في الجملة فإذا أُنْظِرَ الصدقة دل أنه أراد به الثواب وأنه يمنع الرجوع لما بينا (وأما) الشيوع فنقول لا يمنع الرجوع في الهبة فلو أهاب أن يرجع في نصف الهبة مشاء وإن كان محتملاً للتقسمة بأن وهب داراً فباع الموهوب له نصفها مشاءاً كان للواهب أن يرجع في الباقي وكذلك لو جمع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقبلية لأنها لا تجوز في المشاء الذي يحتمل التقسمة لأن القبض شرط جواز العقد والشيء ينحل في القبض الممكن من التصرف والرجوع ففسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعاً من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي ففسخ واختلاف في الرجوع فيها بالتراضي فمسائل أجبنا تدل على أنه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع في المشاء الذي يحتمل التقسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشيوع وكذلك لا تقف محته على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لو قف محته على القبض وكذلك لو وهب لساناً شيئاً وهبه الموهوب له لا آخر ثم يرجع الثاني في هبته كان للاول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع فلهذا المسائل تدل على أن الرجوع بغير قضاء ففسخ وقال زفر أنه هبة مبتدأة (وجه) قوله أن ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فيعتبر عقد اجد يد في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض والدليل على أنه هبة مبتدأة ما ذكره في كتاب الهبة أن الموهوب له إذا رد الهبة في مرض موته أنها تكون من الثلث وهذا حكم الهبة المبتدأة (ولنا) أن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي والدليل على أنه مستوفى حق نفسه بالفسخ أن الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً ثابتاً فلا يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي أنه يعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث لأنه لا حق للمشتري في الفسخ وإنما حقه في صفة السلامة فإذا لم يسلم اختل رضاه فثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي (وأما) ما ذكره محمد بن أبي حنيفة من التزم وقال هذا يدل على أن الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة وما ذكرنا من المسائل يدل على أنها فسخ فكان في المسئلة روايتان (ومنه) من قال هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لأنه إنما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض منهم في الرد في حق ورثته فكان فسخاً فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالأقالة فإنها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما وإذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب ويملكه الواهب وإن لم يقبضه لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لأن قبض الهبة قبض غير مضمون فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضموناً عليه إلا بالتعدي كسائر الأمانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضي به ولم يكن الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الأول لا يملكه حتى يقبضه وإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء القاضي وليس للموهوب له أن يرجع فيه وكذلك الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلا نفي للموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك الواهب لا يزول إلا بالقبض بخلاف ما إذا تراضيا على الرجوع أن الواهب يملكه بدون القبض لأن اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم إذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع لأن الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها

**فصل** وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ إما بالاقالة أو الرجوع بقضاء القاضي أو التراضي على ما بينا وإذا انفسخ العقد يعود الموهوب إلى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة إلى القبض لما ذكرنا فيما تقدم

### كتاب الرهن

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن عند الرهن وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الرهن وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه رهناً وما يبطل به الركن وما لا يبطل وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل أما ركن عند الرهن فهو الإيجاب والقبول وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشيء بمالك على من الدين أو يقول هذا الشيء رهن يدينك وما يجري هذا المجرى ويقول المرتهن ارهننت أو قبلت أو رضيت وما يجري مجراه فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيئاً بدينار ودفع إلى البائع ثوباً وقال له أمسك هذا الثوب حتى أعطيتك الثمن فالثوب رهن لأنه أُنْظِرَ معنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني

**فصل** وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع إلى نفس الرهن وبعضها يرجع إلى الراهن والمرتهن وبعضها يرجع إلى المرهون وبعضها يرجع إلى المرهون به (أما) الذي يرجع إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقاً بشرط ولا مضاعفاً إلى وقت لأن في الرهن والارتهان معنى الإبقاء والاستيفاء فيشبه البيع وأنه لا يحتمل التعليق بشرط ولا إضافة إلى وقت كذا هذا (وأما) الذي يرجع إلى الراهن والمرتهن فمقتضاها حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل (فأما) البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون لأن ذلك من نواحي التجارة فيملكه من يملك التجارة ولأن الرهن والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعاً لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقرض بالمدينة من يهودي طعاماً ورهنه به درعه وكان ذلك رهناً في الحضر ولأن ما شرع له الرهن وهو الحاجة إلى توثيق الدين بوجوده في الحاضر وهو الرهن عن نواء الحق بالوجود ولا نكار وتذكره عند السهو والسيان والتنقيص على السفر في كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو إخراج الكلام من حرج العادة كقوله تعالى فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً (وأما) الذي يرجع إلى المرهون فأنواع (منها) أن يكون محلاً قابلاً للبيع وهو أن يكون موجوداً وقت العقد مالا مطلقاً متقوماً مملوكاً معلوماً متقدراً للتسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام أو ما تلد أغنامه السنة أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لا لعدم ماليتها ولا رهن صيد الحرم والحرام لأنه ميتة ولا رهن الحر لأنه ليس بمال أصلاً ولا رهن أم الولد والمدر المطلق والمكاتب لأنهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالاً مطلقة ولا رهن الخمر والخمر من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين أو أحدهما مسلماً لا لعدم ماليتها الخمر والخمر يرقى حق المسلم وهذا لأن الرهن إيفاء الدين والارتهان استيفاءه ولا يجوز للمسلم إيفاء الدين من الخمر واستيفاءه إلا أن الراهن إذا كان ذمياً كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لأن الرهن إذا لم يصح كانت الخمر بمنزلة المغصوب في يد المسلم وخمر الذي مضمون على المسلم بالغصب وإذا كان الراهن مسلماً والمرتهن ذمياً لا تكون مضمونة على أحد (وأما) في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخمر يرقى وارتهاها منهم لأن ذلك مال متقوم في حتمهم بمنزلة الخمر والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والخطب والحشيش ونحوها لأنها ليست بمملوكة في أنفسها (فأما) كونه مملوكاً للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير إذنه بولاية شرعية كالأب والوصي برهن مال الصبي يدينه وبين نفسه لأن الرهن لا يخلو (أما) أن يجري مجرى الإيداع (وأما) أن يجري مجرى المبادلة والأب يلى كل واحد منهما في مال الصغير فإنه يبيع مال الصغير يدين نفسه ويودع مال الصغير فإن هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الأب هلك بالأقل من قيمته ومما رهن به لأن الرهن وقع بحياض هذا حكم الرهن الصحيح وضمن الأب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن لأنه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس



له أن يسترده قبل قضاء القاضى لما ذكرنا أن الرهن وقع بحسب ما وقع عنه ولا يشترط فلا تلك الولد نفسه ولكن يؤمر الاب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده ولو ال والى بالبلوغ ولو قضى الولد دين أبيه وافتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر الى قضاء الدين إذ لا يمكنه الوصول الى ماله الا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الاب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى كما لو استعار من انسان عبده ليرهنه بدين نفسه فله أن المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن أنه يرجع بجميع ما قضى على المستعير لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصى في جميع ما ذكرنا حكم الاب وانما يفتقران في فصل آخر وهو انه يجوز للاب أن يرهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير واذا هلك يهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين واذا أدرك الولد ليس له أن يسترده اذا كان الاب يشهد على الرهن وان كان يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الادراك الابتصديق الولد ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه وبحسبه لاجل الولد واذا هلك بعد ذلك فيهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين اذا كان أشهد عليه قبل الهلاك وان كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق الا أن يصدق الولد بعد الادراك والوصى لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتبائه أما على أصل محمد فلا يشك لانه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما ان كان يجوز البيع والشراء لكن اذا كان خيرا لليتيم ولا خيرا في الرهن لانه يهلك أبدا بالاقبل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يجوز رهن مال الغير باذنه كما لو استعار من انسان شيئا ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن ابقاء الدين وقضاؤه والانسان بسبيل من أن يقضى دين نفسه بماله غيره باذنه ثم اذا أذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا فالمستعير أن يرهنه بالليل والكثير وبأى جنس شاء وفي أى مكان كان ومن أى انسان أراد ولان العمل باطلاق اللفظ أصل وان كان مقيدا بان سمي قدرا أو جنسا أو مكانا أو انسانا يتقيده حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجوز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل لان المتصرف باذن يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالاكثر ولا بالاقبل أيضا لان المرهون مضمون والمالك انما جعله مضمونا بالتدبر وقد يكون له في ذلك غرض صحيح فكان التقييد به مقيدا وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يجوز له أن يرهنه بجنس آخر لان قضاء الدين من بعض الاجناس قد يكون أيسر من بعض فكان التقييد بالجنس مقيدا وكذا اذا أذن له أن يرهنه بالكوفة لم يجوز له أن يرهنه بالبصرة لان التقييد بمكان دون مكان مقيد فيتقيد بالمكان المذكور وكذا اذا أذن له أن يرهنه من انسان بعينه لم يجوز له أن يرهنه من غيره لان الناس متفاوتون في العائلات فكان التعيين مقيدا فان خالف في شيء مما ذكرنا فهو ضامن لقيمه اذا هلك لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فصار غاصبا وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتين لان الرهن لم يصح فبقى المرهون في يده بمنزلة المغصوب فكان له أن يأخذه منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون لا قبل الرهن ولا بعد الافسكالك فان فعل ضمن لانه لم يأذن له الا بالرهن فان انتفع به قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته برى من الضمان حين رهن ذكره في الاصل لانه لما انتفع به فقد خالف ثم لما رهنه فقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا عاد الى الوفاق بعد ما خالف في الوديعة بخلاف ما اذا استعار العين لينتفع بها خالف ثم عاد الى الوفاق انه لا يبرأ عن الضمان لان المستعير لا انتفاع ليست يده المالك بل يده نفسه حيث تعود المنفعة اليه فلم تكن بالعود الى الوفاق راد للمال الى يد المالك فلا يبرأ عن الضمان (قأما) المستعير للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فاذا عاد الى الوفاق فقد رد المال الى يد المالك فيبرأ عن الضمان واذا قبض المستعير العارية فهلك في يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه لانه هلك في قبض العارية لا في قبض الرهن وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان وكذلك اذا هلك في يده بعد ما افتك من يد المرتين لانه بالافسكالك من يد المرتين عارية فكان الهلاك في قبض العارية ولو وكل الراهن معنى المستعير قبض الرهن من المرتين أحدا فقبضه فهلك في يد القابض فان كان القابض في عياله لم يضمن لان يده كيده

والمالك رضى بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضيا بيده وان هلك في يد المرتين وقدر رهن على الوجه الذي أذن فيه ضمن الراهن له مع قدر ما استطاع عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه من مال الغير باذنه بالرهن اذا رهن قضاء الدين ويتعذر القضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فستقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لانه قضى ذلك القدر من دينه بماله الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده وديعة لا ضمان فقضى دين نفسه بماله الوديعة باذن صاحبها فاقضى يكون مضمونا عليه وما لم يقبض يكون أمانة في يده فان عجز الراهن عن الافسكالك فافتك المالك لا يكون متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على المستعير وذكر الكرخي أنه يرجع بقدر ما كان ملك الدين به ولا يرجع بالزيادة عليه ويكون متبرعا فيها حتى لو كان المستعير رهن بالدين وقيمة الرهن ألف فقضى المالك ألفين فانه يرجع على المستعير بألفين وعلى ما ذكره الكرخي يرجع عليه بألف (وجه) قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين فاذا قضى المالك الزيادة على المقدركان متبرعا فيها (وجه) القول الآخر ان المالك مضطر الى قضاء كل الدين الذي رهن به لانه عاق ماله عند المرتين بحيث لا فسكالك له الا بقضاء كل الدين فكان مضطرا في قضاء الكل فكان ما ذونا فيه من قبل الراهن دلالة كانه وكاله بقضاء دينه فقضاء المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتين أن يتمتع من قبض الدين من المعير ويحير على القبض ويسلم الرهن اليد لان له ولاية قضاء الدين لتخصص ملكه وازالة العلق عنه فلا يكون المرتين ولاية لا امتناع من القبض والتسليم فان اختلف الراهن والمعير وقدر هلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتين وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما افتكته فالتقول قول الراهن مع يمينه لان الضمان انما وجب على المستعير لكونه قاضيا دين نفسه من مال الغير باذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر ولا يجوز رهن الجهول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والاصل فيه ان كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع (ومنها) أن يكون متبوض المرتين أو من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وما هيته وفي بيان أنواعه (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال عامة العلماء انه شرط وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركنا كالقبول حتى ان من حلف لا يرهن فلا ناشيا فرهنه ولم يقبضه يحنث عندنا وعندنا لا يحنث كما في الهبة والصحيح قولنا لقول الله تبارك وتعالى فهران متبوضة ولو كان القبض ركنا لصار مذكورا بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه متبوضة معنى فدل ذلك كالتبض مترونا بذكر الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك رحمه الله ليس بركن ولا شرط والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فهران متبوضة وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه متبوضا فيمتنع أن يكون القبض فيه شرط أصيانة لغيره تعالى عن الخلف ولانه عند تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقد اعل أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو أراد المرتين أن يقبضه من يده ليجبسه رهنا ليس له ذلك لان هذا شرط فاسد أدخله في الرهن فلم يصح الرهن ولو تعاقد اعل أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتين وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتين والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فهران متبوضة من غير فصل بين قبض المرتين والعدل ولان قبض العدل رضا المرتين قبض المرتين معنى ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل آخر ووضعاه في يده جاز لانه جاز وضعه في يد الاول لتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا اذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتين ووضعاه في يده لانه جاز وضعه في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء وكذا اذا قبضه المرتين أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعاه في يده جاز لان القبض الصحيح للعقد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الاجنبي سواء ولو رهن رهنا وسلط عدلا على بيعه عند الحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان صحة



التوكيل لا تنقب حتمته على القبض فصيح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا وسلطه على بيعه فالرهن باطل  
أو ولو كالة صحيحة لما ذكرنا ولو جعل عدلا في الامساك وعدلا في البيع جاز لأن كل واحد منهما أمر مقصود فيصح  
أفراد بالتوكيل (وأما) بيان شرائط صحته فأشياء (منها) أن يكون باذن الراهن لما ذكرنا في الهبة أن الاذن بالقبض شرط  
صحته فيما له حصة بدون القبض وهو البيع فلا يكون شرطا فيما لا يحسن له بدون القبض أولى ولأن القبض في هذا الباب  
يشبه الركن كما في الهبة فيشبهه القبول ولا يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم قول الاذن نوعان نص وما يجري  
يجري النص دلالة فلا ول نحو أن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو قبض وما يجري هذا الجري فيجوز قبضه  
سواء قبض في المجلس أو بعد الافتراق استحسانا وقياس قول زفر في الهبة أن لا يجوز بعد الافتراق والثاني نحو أن  
يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهيه فيصح قبضه استحسانا وقياس قول زفر في الهبة أن لا يصح كما  
لا يصح بعد الافتراق لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير إذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل  
أولى لأن القبض ليس بشرط لصحته وأنه شرط لصحة الرهن (وجه) الاستحسان أنه وجد الاذن ههنا دلالة  
الاقدام على إيجاب الرهن لأن ذلك دلالة القصد إلى إيجاب حكمه ولا يثبت حكمه إلا بالقبض ولا صحة للقبض بدون  
الاذن فكان الاقدام على الإيجاب دلالة الاذن بالقبض والاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق فلم  
يوجد الاذن هناك نصا ودلالة بخلاف البيع لأن البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن الاقدام على إيجابه دليل  
القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيئا متصلا بمال يقع عليه الرهن كالنخل المعلق على الشجر ونحوه مما  
لا يجوز الرهن فيه إلا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض غير إذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل  
والقبض في المجلس أو في غيره لأن الإيجاب ههنا لم يقع صحيحا فلا يستدل به على الاذن بالقبض وإن قبض باذنه  
فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر وفي الاستحسان جائز بناء على أصل ذكرناه في الهبة والله الموفق (ومنها) الحياة  
عندنا فلا يصح قبض المشاع وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وقبض المشاع صحيح (وجه) قوله أن الشياع  
لا يتدح في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك أن حكم الرهن عنده كونه المرتهن أحق ببيع  
المرهون واستيفاء الدين من بدله على ما ذكر والشيوخ لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وأنه ممكن في النصف  
الشائع بتخليه الكل (ولنا) أن قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه  
وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة أو لا يحتملها لأن الشيوخ يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعا بخلاف الهبة فإن  
الشيوخ فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لأن المانع هناك ضمان القسمة على ما ذكرنا في كتاب الهبة وأنه  
يخص المتسوم وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه على ما ذكرنا من شاء الله تعالى وسواء كان مقارنا للعقد أو طرأ عليه  
في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أن الشيوخ الطاريء على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة صورته إذا  
رهن شيئا وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء حجة معاً أو متفرقا فباع نصفه شائعا أو استحق بعض الرهن  
شائعا (وجه) رواية أبي يوسف أن حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لأن البقاء أسهل من حكم الابتداء لهذا الفرق  
الشرع بين الطاريء والمقارن في كثير من الأحكام كالعدة الطارئة والابق الطاريء ونحو ذلك فكون الحياة شرطا  
في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجه) ظاهر الرواية أن المانع في المقارن كون الشيوخ مانعا  
عن تحقق القبض في النصف الشائع وهذا المعنى موجود في الطاريء فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلا  
عبد الدين له عليهما رهن واحد جاز وكان كل رهن باكل الدين حتى أن المرتهن أن يمسكه حتى يستوفي كل الدين وإذا  
قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لأن كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه  
وإن كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن  
فإنه يجوز رهن مال الغير باذنه لما بينا وأقدامهما على رهنه صفة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد

رهن باكل الدين ولا استحالة في ذلك لأن الرهن حبس وليس يتمتع أن يكون العبد الواحد محبوسا بكل الدين فلم يكن  
هذا رهن الشائع جاز وليس لأحد منهما أن يأخذ نصيبه من العبد إذا قضى ما عليه من الدين لأن كل مرهون بكل الدين  
فما بقي شيء من الدين بقي استحقاق الحبس وكذلك إذا رهن رجل رجلا من رهن له ما عليه وهما شركاء  
بينهما جاز وإذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيئا من الرهن لأنه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما  
وكل العبد يصلح رهن بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غير لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على  
أصل أن حنيفة عليه الرحمة أنها غير جائزة لأن الهبة تملك وتملك شيء واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال  
محال والماعقل لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة في كون الشيء الواحد محبوسا بكل واحد من  
الدينين فهو الفرق بين الفصلين غير أنه وإن كان محبوسا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونا لا بحصته حتى  
لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما بقدره لأن المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا  
الدين من ماله الرهن وأنه لا يفي لاستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيسقط من كل  
واحد منهما بقدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بأن اشترى رجلان من رجل شيئا فأدى أحدهما حصته من الثمن لم  
يكن له أن يقبض شيئا من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفي ما على الآخر لأن كل المبيع محبوس بكل الثمن  
فما بقي جزء من الثمن بقي استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز  
لا نعدام الشيوع وعلى هذا الأصل يخرج زيادة الدين على الرهن أنها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجملة  
الكلام في الزيادات أنها أنواع أربعة زيادة الرهن وهي نماءه كالولد واللين والتمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن  
أو في حكم المتولد منه بأن كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو في حكم الجزء كالارث والعقرو زيادة الرهن على أصل الرهن  
كما إذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبد أو غير ذلك رهنًا بذلك الدين وزيادة الرهن على نماء الرهن كما إذا رهن بالدين  
جارية فولدت ولدا ثم ماتت الجارية ثم زاد رهنًا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما إذا رهن عبدًا بألف ثم إن الراهن  
استقرض من المرتهن ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنًا بالأول والزيادة جميعا (أما) زيادة الرهن فمرهونة عندنا على  
معنى أنه يثبت حكم الأصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق اللزوم وعند الشافعي رحمه الله ليست بمرهونة  
أصلا والمسئلة تأتي في بيان حكم الرهن إن شاء الله تعالى (وأما) زيادة الرهن فحائزة استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو  
قول زفر رحمه الله وهو على اختلاف الزيادة في الثمن والمثل وقد مررت المسئلة في كتاب البيوع (وأما) زيادة الرهن  
على نماء الرهن بعد هلاك الأصل فهي موقوفة أن يولد إلى وقت التحكك جازت الزيادة وإن هلك لم تجز لأنها إذا  
هلكت تبين أنها حصلت بعد سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة (وأما) زيادة الدين على الرهن فهي على  
الاختلاف الذي ذكرناه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف جائزة (وجه) قوله أن الدين في باب الرهن  
كالنفي في باب البيع بدليل أنه لا يصح الرهن إلا بالدين كما لا يصح البيع إلا بالثمن ثم هناك جازت الزيادة في الثمن  
والثمن جميعا فكذا هنا تجوز الزيادة في الرهن والدين جميعا والجامع بين البابين أن الزيادة عندنا لتتحقق بأصل العقد  
كان العقد ورد على الأصل والزيادة جميعا فيصير كأنه رهن بالدين عديد ابتداء وذا جائز كذا هذا (وجه) قوله أن  
هذه الزيادة لو حلت لا وجبت الشيوع في الرهن وأنه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك أنها لو حلت لصار بعض العبد  
مقابلة فلا يتخلو (أما) أن يصير ذلك البعض مقابلة الزيادة مع بقائه مشغولا بالأول (وأما) أن يفرغ من الأول ويصير  
مشغولا بالزيادة لا سبيل إلى الأول لأن المشغول بشيء لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل إلى الثاني لأنه رهن بعض  
العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما إذا رهن عبدًا واحدًا بدينين مختلفين لكل واحد منهما بعضه بخلاف  
زيادة الرهن على أصل الرهن لأن الزيادة هناك لا تؤدي إلى شيوع الرهن بل إلى شيوع الدين لأن قبل الزيادة  
كان العبد مقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله مقابلة بعض الدين والعبد والزيادة مقابلة البعض الآخر فجمع



الشيوع الى الدين لا الى الرهن والشيوع في الدين لا يمنع حصة الرهن وفي الرهن يمنع تحتها ألا ترى لو رهن عبدا  
بنصف الدين جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يحجز لذلك أفترق حكم الزادتين ولو رهن مشاعا قسم وسلم جاز لان  
العقد في الحقيقة موقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فاذا وجد قند زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون  
المرهون فارغا عما ليس بمرهون فان كان مشغولا به بأن رهن دارا فيها متاع الراهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها  
من المتاع أو رهن جوالا دون ما فيه وسلم الجوال أو سلمه مع ما فيه لم يحجز لان معنى القبض هو التخليص الممكنة من  
التصرف ولا يتحقق مع الشغل ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد  
لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما في رهن المشاع ولو رهن المتاع الذي فيها دون الدار وخلي بينه وبين الدار جاز  
بخلاف ما اذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض  
المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن الدار والمتاع والذي فيها صفقة واحدة وخلي بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز  
الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم  
الأخر فان جمع بينهما في التسليم صح الرهن فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا  
بالدار (وأما) في الدار فلا ان المانع وهو الشغل قد زال وان فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يحجز  
الرهن في الدار وجاز في المتاع سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة فان هناك راعي فيه الترتيب ان قدم هبة الدار لم يحجز الهبة  
في الدار وجازت في المتاع كما في الرهن وان قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا انه غير مشغول بالدار  
(وأما) في الدار فلا انها وان كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع حصة القبض وهذا الدار  
مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيه منع حصة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا او الراهن والمرتهن في جوف الدار فقال الراهن  
سألتها اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم سلم لان معنى التسليم وهو التخليص لا يتحقق مع كونه في الدار فلا بد  
من تسليم جديد بعد اخرج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقى الحمل عنها ثم يسلمها الى  
المرتهن ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا تاما في الحمل لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا  
بالدابة كما في رهن الدار التي فيها المتاع بدون المتاع ورهن المتاع الذي في الدار بدون الدار ولو رهن سر جاعلي دابة  
أو لحام في رأسها أو رهن رأسها فدفع اليه الدابة مع اللجام والسر والرسن لم يكن رهنا حتى ينزع من رأس الدابة ثم  
يسلم بخلاف ما اذا رهن متاعا في الدار لان السر وجنود من توابع الدابة فلم يصح رهنها بدون الدابة كما لا يصح رهن  
التمر بدون الشجر بخلاف المتاع فانه ليس تبع للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سر ج أو لحام دخل ذلك في  
الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما اذا رهن جارية واستثنى ما في بطنها أو بهيمة واستثنى ما في بطنها انه لا يحجز  
الاستثناء ولا العقد أما الاستثناء فلا انه لو جازل كان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون وأما العقد فلا ان استثناء  
ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد والرهن تبطله الشروط الفاسدة كالبيع بخلاف الهبة ولو أعتق ما في بطن جاريته  
ثم رهن الام أو دبر ما في بطنها ثم رهن الام فالكلام فيه كالكلام في الهبة وقد مر الكلام في الهبة ومنها ان يكون  
المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون فان كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده  
غير ممكن والمتصل به غير مرهون فاشبه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا رهن الارض بدون البناء  
أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الارض أو الشجر بدون التمر أو التمر بدون الشجر انه لا يحجز  
سواء سلم المرهون بتخليص الكل أولا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع حصة القبض ولو جدد التمر  
وحصد الزرع وسلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما في عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم  
متفرقا جاز وان فرق الصفقة بأن رهن الزرع ثم الارض أو الارض ثم الزرع ينظر ان جمع بينهما في التسليم جاز الرهن  
فيهما جميعا وان فرق لا يحجز فيهما جميعا سواء قدم أو أخر بخلاف الفصل الاول لان المانع في الفصلين مختلف

فالمانع من حصة القبض في هذا الفصل هو الاتصال وانه لا يختلف والمانع من حصة القبض في الفصل الاول هو الشغل  
وانه يختلف مثال هذا اذا رهن نصف داره مشاعا من رجل ولم يسلم اليه حتى رهنه النصف الباقي وسلم الكل  
انه يحجز ولو رهن النصف وسلم ثم رهن النصف الباقي وسلم لا يحجز كذا هذا وعلى هذا اذا رهن صوفا على  
ظهر غنم بدون الغنم انه لا يحجز لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع حصة القبض ولو جرده وسلمه جاز لان  
المانع قد زال وعلى هذا أيضا اذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يحجز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغة جاز لان  
قلنا بخلاف ما اذا رهن ما في بطن جاريته أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها أو رهن سمنا في لبن أو دهننا في سمس أو  
زيتنا في زيتون أو دقيقنا في حنطة انه يبطل وان سلمه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض لان  
العقد هناك لم ينعقد أصلا لعدم الحمل لكونه مضافا الى المدوم ولهذا لم ينعقد البيع المضاف اليها فكذا الرهن أما  
هنا فالعقد منعقد موقوف نقاده على حصة التسليم بالفصل والتميز فاذا وجد قند زال المانع ولو رهن الشجر بمرأضه من  
الارض جاز لان قبضه ممكن ولو رهن شجر اوفيه ثم لم يسلمه في الرهن دخل في الرهن بخلاف البيع انه لا يدخل  
التمر في بيع الشجر من غير تسمية لانه قصد تصحيح الرهن ولا حصة له بدون القبض ولا حصة للقبض بدون دخول ما هو  
متصل به فيدخل تحت العقد تصحيح حاله بخلاف البيع فانه يصح في الشجر بدون التمر ولا ضرورة الى ادخال التمر  
للتصحيح ولو قال رهنتك هذه الدار أو هذه الارض أو هذا الكرم وأطلق القول ولم يخص شيئا دخل فيه كل ما  
كان متصلا به من البناء والقرس لان ذلك يدخل في البيع مع ان القبض ليس من شرط صحته فلا يدخل في الرهن  
أولى الا انه يدخل فيه الزرع والتمر ولا يدخل في البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع انه لا يدخل في رهن الدار ويدخل  
التمر في رهن الشجر لان التمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد حصة الرهن ينظر الى  
الباقى ان كان الباقي بعد الاستحقاق مما يحجز رهنه ابتداء لا يفسد الرهن فيه وان كان مما لا يحجز رهنه ابتداء ففسد  
الرهن في الكل لانه لما استحق بعضه تبين ان العقد لم يصح في القدر المستحق وانه لم يقع الا على الباقي فكأنه رهن هذا  
القدر ابتداء فينظر فيه ان كان محلا لا ابتداء الرهن بقي الرهن فيه والا ففسد في الكل كما لو رهن هذا القدر ابتداء الا انه  
اذا بقي الرهن فيه بقي بحصته حتى لو هلك الباقي هلك بحصته من الدين وان كان في قيمته وفاء بجميع الدين ولا يذهب  
جميع الدين واذا رهن الباقي ابتداء وفيه وفاء بالدين فهلك يهلك بجميع الدين وان شئت ان تجعل الحيازة شرطا مفردا  
وخرجت المشاع على هذا الاصل لانه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان تخريجه عليه مستتبيا فافهم  
ومنها أهلية القبض وهي العقل لانه ثبت به أهلية الركن وهو الايجاب والقبول فلا نثبت به أهلية الشرط أولى وأما  
تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع وانه يحصل بتخليص الراهن  
بين المرهون والمرتهن فاذا حصل ذلك صار الراهن مسلما والمرتهن قابضا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي  
يوسف انه يشترط معه النقل والتحويل فلم يوجد لا يصير قابضا وجه هذه الرواية ان القبض شرط حصة الرهن قال  
الله تبارك وتعالى فانه مقتبضة ومطلق القبض ينصرف الى القبض الحقيقي ولا يتحقق ذلك الا بالنقل فاما التخلي  
فقبض حكايا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية ان التخلي بدون النقل والتحويل قبض في العرف والشرع أما  
العرف فان القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار يقال هذه الارض أو هذه القرية أو هذه  
الولاية في يد فلان فلا يفهم منه الا التخلي وهو التمكن من التصرف وأما الشرع فان التخلي في باب البيع قبض  
بالاجماع من غير نقل وتحويل دل ان التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشرعية فيكتفى به وأما بيان أنواع  
القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع بطريق الاصاله ونوع بطريق النيابة أما القبض بطريق  
الاصالة فهو ان قبض بنفسه لنفسه وأما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى  
نفس القبض أما الذي يرجع الى القابض فنحو قبض الاب والوصى عن الصبي وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض



المرتهن حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتهن لأن نفس القبض مما يحتمل النيابة ولأن قبض الرهن قبض  
استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النيابة وأما الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن المرهون إذا كان مقبوضاً  
عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالأصل فيه ما ذكرنا في كتاب البيوع والهبة أن القبضين إذا تباينا تاب  
أحدهما عن الآخر وإذا اختلفا تاب الأعلى عن الأدنى وقد بينا فقه هذا الأصل وفروعه فيما تقدم وإن شئت  
عددت الحيازة والقرع والتميز من شرائط نفس العقد فقلت ومن شرائط صحة العقد أن يكون المرهون محوزاً عندنا  
وبنيت المشاع عليه وإن شئت قلت ومنها دوام القبض عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وبنيت عليه  
المشاع (ولنا) في إثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فلهان مقبوضة أخبز الله سبحانه وتعالى أن المرهون  
مقبوض فيقتضى كونه مقبوضاً مادام مرهوناً لأن إخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلف والشيوع يمنع دوام القبض  
فيمنع صحة الرهن والثاني أن الله تبارك وتعالى ساءرهننا وكذا يسمى رهننا في معارف اللغة والشرع والرهن حبس في  
اللغة قال الله تبارك وتعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي حبسية بكسبها فيقتضى أن يكون محبوساً مادام مرهوناً  
والشيوع يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتملها لأن الشيوع يمنع ادامة  
القبض فيها جميعاً وسواء كان الشيوع مقارناً أو طارئاً في ظاهر الرواية لأن كل ذلك يمنع دوام القبض وسواء كان  
الرهن من أجنبي أو من شريك لأنه لا يجوز لا مسكه الشريك يوماً بمحكم الملك وبما يحكم الرهن فتختلف جهة القبض  
والحبس فلا بد دوام القبض والحبس من حيث المعنى وبصير كانه رهنه يوماً وبما لا يجوز وعلى هذا أيضاً  
يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون لأن اتصاله بعين المرهون يمنع من ادامة القبض عليه وأنه شرط جواز  
الرهن ومنها أن يكون فارغاً من المرهون ومنها أن يكون منفصلاً بميزان عما ليس بمرهون وخرجت على كل واحد  
منهما مسألة التي ذكرنا فافهم (وأما) الذي يرجع إلى المرهون به فأنواع منها أن يكون مضموناً والكلام في هذا الشرط  
يقع في موضعين أحدهما في أصل اشتراط الضمان والثاني في صفة المضمون أما الأول فاصل الضمان هو كون  
المرهون به مضموناً بشرط جواز الرهن لأن المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عنده هلاكه أو بمعنى  
استيفاء الواجب ولست نعتي بالمضمون سوى أن يكون واجب التسليم على الراهن والمضمون نوعان دين وعين أما  
الدين فيجوز الرهن به بأي سبب وجب من الاتلاف والغصب والبيع ونحوها لأن الديون كلها واجبة على اختلاف  
أسباب وجوبها فكان الرهن بهارهننا مضمون فيصح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله  
كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون وجه  
قوله أن سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى أن عين الدين تصير بدلاً عن الدين لا بطريق  
الاستيفاء لأن الاستيفاء لا يتحقق إلا عند الجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس عادة فلا يكون القول  
بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين أن يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن بما يحتمل الاستبدال وهذه  
الديون كالأيجور استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) أن السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر في حكم الرهن أن شاء  
الله تعالى واستيفاء هذه الديون ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعي الجانسة قلنا الجانسة ثابتة من وجه لأن الاستيفاء  
يقع بمالية الرهن لا بصورته والأموال كلها فيما يرجع إلى معنى المالية جنس واحد وقد يستقط اعتبار الجانسة من  
حيث الصورة ويكتفي بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما في اتلاف ما لا مثله من جنسه وقد تحققت الضرورة في باب  
الرهن لحاجة الناس إلى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فأمكن القول بالاستيفاء وإذا جاز الرهن بهذه الديون فإن هلك  
الرهن في المجلس ثم الصرف والسلم لأنه صار مستوفياً عين حقه في المجلس لا مستبدلاً وإن لم يملك حتى افتراقاً بطلا  
لنفوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض في المجلس وأما العين فتقول لا خلاف في أنه لا يجوز الرهن بالعين التي هي  
أمانة في يد الراهن كالوديعة والعارية وما لا يضر به المضاربة والشركة والمستأجر ونحوها فأنه ليست بمضمونة أصلاً

وأما العين المضمونة فتوع هو مضمون بنفسه وهو الذي يجب مثله عنده هلاكه أن كان له مثل وقيمته أن لم يكن له  
مثل كالمقبوض في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة وبدل الصلح عن دم العمدي يد العاقلة ولا  
خلاف في أنه يجوز الرهن به والمرتهن أن يحبس الرهن حتى يسترد العين فإن هلك المرهون في يده قبل استرداد العين  
والعين قائمة يقال للراهن سلم العين إلى المرتهن وخدمته الأقل من قيمة الرهن ومن الدين لأن المرهون عندنا مضمون  
بذلك فإذا وصل إليه العين يجب عليه رد قدر المضمون إلى الراهن فإن هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بهارهننا  
بقيمتها حتى وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضموناً بالأقل من قيمته وقيمة العين لأن قيمة العين بدلها وبدل  
الشيء قائم مقامه كانه هو وأما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه كالبيع في يد البائع ليس هو مضموناً بنفسه إلا ترى أنه لو  
هلك في يده لا يضمن شيئاً بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يستط الثمن المشتري إذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر في  
كتاب الصرف أنه يجوز وله أن يحبس حتى يقبض المبيع وإن هلك في يده قبل القبض يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة  
المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه وله أن يقبض المبيع إذا و في يده وعليه أيضاً ضمان الأقل بهلاك الرهن ولو هلك  
المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع لأن هلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشتري أن يرد  
الرهن على البائع ولو هلك في يده قبل الردها يضمنه بضمانه وهو الأقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك  
المبيع وبطلان البيع لأنه وإن هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه بموض فلا يبطل ضمانه وروى الحسن  
عن أبي حنيفة أنه لا يصح الرهن وبه أخذ الكرخي وجه رواية الحسن أن قبض الرهن قبض استيفاء المرهون  
ولا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لأن المشتري لا يصير مستوفياً شيئاً بهلاك الرهن إنما يسقط عنه الثمن  
لا غير (وجه) ظاهر الرواية أن الاستيفاء هنا يحصل من حيث المعنى لأن المبيع قبل القبض أن لم يكن مضموناً بالقيمة  
فهو مضمون بالثمن ألا ترى أنه لو هلك يستط الثمن عن المشتري فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع  
فيحصل مستوفياً مالياً للمبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به الأول وروى  
أمرأة على دراهم بعينها أو اشترى شيئاً بدراهم بعينها فاعطى بهارهننا لم يحجز عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر  
يجوز بناء على أن الدراهم والدلائل لا تبيع في عقود المعاوضات وإن عينت فكان الواجب على الراهن مثلاً  
لا عينها فلم يكن المعين مضموناً فلم يحجز الرهن به وعندنا يتعين بالتعيين بمنزلة العوض فكان المعين مضموناً فجاز الرهن به  
ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لأن المكفول به ليس بمضمون على الكفيل ألا ترى أنه لو هلك لا يجب على  
الراهن شيء ولا يستقط عن المرتهن بمقابلته ولا يجوز الرهن بالشفعة لأن الشفعة ليست بمضمونة على المشتري بدليل  
أنه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا يستقط عن المرتهن شيء بمقابلته فكان رهننا بما ليس بمضمون فلم يحجز ولا يجوز  
الرهن بالعبد الجاني والعبد المديون لأنه لو هلك لا يجب على المولى شيء ولا يستقط عن المرتهن شيء بمقابلته فلم يكن  
مضموناً أصلاً فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن بالجرة الناحية والمغنية بأن استأجر مغنية أو نائمة وأعطاهما بالاجرة  
رهنًا لأن الاجرة لم تصح فلم تجب الاجرة فكان رهننا بما ليس بمضمون فلم يحجز ولودفع إلى رجل رهنًا ليقرضه فهل  
الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضموناً بالأقل من قيمته ومما سمي من القرض وإن حصل الارتهان بما ليس بمضمون  
لكنه في حكم المضمون لأنه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء  
كالمقبوض على حقيقته في الشرع كالمقبوض على سوم الشراء (وأما) صفة المضمون فتوعان (أحدهما) متفق  
عليه (والثاني) مختلف فيه أما المتفق عليه هو أن يكون مضموناً في الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضموناً في الثاني  
كالرهن بالدرك بأن باع شيئاً وقبض الثمن وسلم المبيع إلى المشتري فخاف المشتري الاستحقاق فأخذ بالثمن من  
البائع رهنًا قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سواء وجد الدرك أو لم يوجد ولو هلك يهلك أمانة سواء وجد الدرك  
أو لم يوجد وكذا الرهن بما ثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فإن الكفالة بما يصير مضموناً في



الثاني جائزة كما اذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفاء من وجه الحال ولا شيء للحال يستوفى واستيفاء المصدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الابقاء والاستيفاء أشبه البيع فلا يحتمل الاضافة الى المستقبل كالتيسع ولان القياس يأبى جوازهما جميعاً لان كل واحد منهما يستدعى مضموناً الا ان الجواز في الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل في الرهن فيبقى الامر فيه على أصل القياس وبخلاف ما اذا دفع الى انسان رهناً ليقرضه ان الرهن يكون مضموناً وان كان ذلك رهناً بما ليس بمضمون في الحال لان له حكم المضمون وان لم يكن مضموناً حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء بمنزلة المقبوض على حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا ولو قال لا خرضت لك مالك على فلان اذا حل يجوز أخذ الكفيل والرهن به ولو قال اذا قدم فلان فاناضاً من مالك عليه لم يجوز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل والفرق ان في المسئلة الاولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف الى مضمون في الحال لان الدين المؤجل واجب قبل حلول الاجل على طريق التوسع وانما تأثير التأجيل في تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هناك للحال ولا ماله حكم المضمون بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فاناضاً من مالك عليه لان ذلك تعليق الضمان بقدم فلان فكان عدم ما قبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة الى مضمون للحال فبطل الرهن وبحت الكفالة لانها لا تستدعى مضموناً في الحال بل في الجملة على ما مر وأما المختلف فيه فهو ان الشرط كونه مضموناً ظاهراً أو باطناً أو كونه مضموناً من حيث الظاهر يكفي لجواز الرهن ذكر محمد في الجامع ما يدل على ان كونه مضموناً في الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضموناً حقيقة فانه قال اذا ادعى على رجل القاء وهي قرص عليه فجدد المدعى عليه ثم انه صالح المدعى من ذلك على خمسمائة وأعطاه بهارها يساوي خمسمائة ثم تصادق على ان ذلك المال كان باطلاً وأنه لم يكن للمدعى عليه شيء ثم هلك الرهن في يده كان على المرتين أن يرد على الراهن خمسمائة لان الدين كان ثابتاً على الراهن من حيث الظاهر ألا ترى انهما لو اختصما الى القاضي قبل أن يتصادقا ان القاضي يحرم المدعى عليه على ابقاء الخمسمائة فكان هذا رهناً بما هو مضمون ظاهر افيصح بدل عليه ان الرهن بحجة الضمان جائز على ما ذكرنا فلا يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى وروى عن أبي يوسف انه لا يضمن شيئاً لانهم لما تصادقا على أنه لم يكن عليه شيء عتبن ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلاً فلم يصح وكذا ذكر في الجامع اذا اشترى من رجل عبد بالقبض وادفع له وأعطاه بالالف رهناً يساوي ألفاً فهلك الرهن عند المرتين ثم قامت البينة على ان العبد حر أو استحق العبد من يده هلك مضموناً لان الف كانت مضمونة على الراهن ظاهر أقصد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة دراهم أو اشترى دنانير من رجل وأعطاه بالثمن رهناً فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة والحمل خمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبد انسان خطأ وأعطاه بقيمته رهناً ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضموناً بالقل من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف ينبغي أن لا يضمن في هذه المسائل أيضاً لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح ولو ادعى المستودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصادقا على مال واخذ رب المال بالمال رهناً من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا على ان الوديعة هلكت عنده يضمن المرتين عند محمد وعند أبي يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف بناء على اختلافهما في صحة الصلح فعند محمد لما صح الصلح كان رهناً بمضمون من حيث الظاهر فيصح وعند أبي يوسف لما يصح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح (ومنها) أن يكون محتملاً للاستيفاء من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفاء وعلى هذا يخرج الرهن بالتصاخص في النفس وما دونها انه لا يجوز لانه لا يمكن استيفاء التصاخص من الرهن ويجوز الرهن بارش الجناية لان استيفاءه من الرهن ممكن فصح الرهن به وعلى هذا أيضاً يخرج الرهن بالشفعة انه لا يصح لان حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا

ايضا

أيضاً يخرج الرهن بالكفالة بالنفس فانه لا يجوز لان المكفول به ما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن

**فصل** وأما حكم الرهن فنقول وبالله التوفيق الرهن نوعان صحيح وفاسد (أما) الاول فله أحكام بعضها يتعلق بحال قيام المرهون وبعضها يتعلق بحال هلاكه (أما) الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة الاول ملك حبس المرهون على سبيل الدوام الى وقت الفكك أو ملك العين في حق الحبس على سبيل الدوام الى وقت الفكك ويكون المرتين أحق بحبس المرهون على سبيل الزوم الى وقت الفكك والعبارة متفقة المعاني في متعارف الفقهاء (والثاني) اختصاص المرتين ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه وهذا ان الحكان أصليان للرهن عندنا (والثالث) وجوب تسليم المرهون عند الفكك وقال الشافعي رحمه الله الحكم الاصل للرهن واحد وهو كون المرتين أحق ببيع المرهون وأخص بثمنه من بين سائر الغرماء (فاما) حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان المرهون ان كان شيئاً يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتين فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان شيئاً لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يده احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام ان الرهن لا يعلق أي لا يحبس وعندكم يحبس فكان حجة عليكم وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن الى الراهن بلام التعليل وسماه صاحباً له على لا طلاق فيقتضي أن يكون هو المالك للرهن مطلقاً رقبته وانتفاعاً وحبساً ولان الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام بضاد معنى الوثيقة لانه يكون في يده دائماً وعسى يهلك فيستقط الدين فكان توثيقاً للدين لا توثيقاً له ولان في اقامته تعطيل العين المنتفع بها في نفسه من الانتفاع لان المرتين لا يجوز لهما الانتفاع بالرهن أصلاً والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان تعطيلاً وتعطيل تسييب وأنه من أعمال الجاهلية وقد تهاه الله تبارك وتعالى بقوله ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا) قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فمرهوناً فمرهوناً متبوضة أخبر الله تعالى بكون الرهن متبوضاً وأخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلل فاقضى أن يكون المرهون متبوضاً مادام مرهوناً ولان الرهن في اللغة عبارة عن الحبس قال الله عز وجل كل امرئ بما كسب رهين أي حبس فيقتضي أن يكون المرهون محبوساً مادام مرهوناً ولو لم يثبت ملك الحبس على الدوام لم يكن محبوساً على الدوام فلم يكن مرهوناً ولان الله تعالى لما سمى العين التي ورد العقد عليها رهناً وأنه ينبغي عن الحبس لغة كان مادل عليه اللفظ لغة حكمه شرعاً لان للاسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ الطلاق والعقاق والحوالة والكفالة ونحوها ولان الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق للدين كالكفالة وانما يحصل التوثيق اذا كان يملك حبسه على الدوام لانه يمنع عن الانتفاع فيحماله ذلك على قضاء الدين في أسرع الاوقات وكذا يقع الامن عن نواء حتمه بالحدود والانكار على ما عرف ولا حجة له في الحديث لان معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن أي لا يملك بالدين كذا قاله أهل اللغة غلق الرهن أي ملك بالدين وهذا كان حكماً جاهلياً فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة والسلام هو لصاحبه الذي رهنه تفسير لقوله لا يعلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أي زوائده وعليه غرمه أي ثقته وكنفه وقوله ان ما شرع له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه يتوى حقه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطرفين لا يتوى بل يصير مستوفياً والاستيفاء ليس بهلاك الدين (وأما) على الطريق الآخر فاهلاكه ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون واذا هلك فاهلاكه ليس يضاف الى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس وقوله فيه تسييب ممنوع فان بعقد الرهن مع التسليم يصير الراهن موفياً دينه في حق الحبس والمرتين يصير مستوفياً في حق الحبس والابقاء والاستيفاء من منافع الرهن واذا عرف حكم الرهن في حال قيامه فخرج عليه المسائل المتعلقة به (أما) على الحكم الاول وهو ملك الحبس فالمسائل المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها يتعلق بكيفية أوالذي يتعلق بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق



ليس للراهن أن ينتفع بالرهون استخداما وركوبا ولبسا وسكنى وغير ذلك لأن حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير إذنه لما فيه من إبطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف فإذ البيع على إجازة المرتهن أن أجاز جاز لأن عدم التفاد لمكان حقه فإذا رضى بطلان حقه زال المانع فتفقد وكان الثمن رهنا سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهنا أولا في جواب ظاهر الرهن وروى عن أنى يوسف أنه لا يكون رهنا إلا بشرط لأن الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع لأنه إذا شرط عند الإجازة أن يكون مرهونا فلم يرض به والحق حقه عنه لا يبدل وإذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلا (وجه) ظاهر الرواية أن الثمن يبدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين أنه ما زال حقه بالبيع لأنه زال إلى خلف والزائل إلى خلف قائم معنى في مقام الخلف مقام الأصل وسواء قبض الثمن من المشتري أو لم يقبضه لأنه يقوم مقام ما كان مقبوضا وإن رده بطل لما قلنا وليس له أن يبيعه من غيره أو بتصدق به على غيره بغير إذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على إجازة المرتهن إن رده بطل وله أن يعيده رهنا وإن أجاز جازت الإجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لأنه زال عن ملكه لا إلى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤجره من أجنبي بغير إذن المرتهن لأن قيام ملك الحبس له يمنع الإجازة ولأن الإجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع بنفسه فكيف يملك غيره ولو فعل وقف على إجازته فإن رده بطل وإن أجاز جازت الإجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لأن الإجازة إذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والأجرة للرهن لأنها بدل منفعة مملوكة له ولا ية قبض الأجرة له أيضا لأنه هو الماقد ولا تكون الأجرة رهنا لأن الأجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا (فاما) الثمن في باب البيع فبذل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا وكذلك لو أجره من المرتهن تحت الإجازة وبطل الرهن إذا جدد المرتهن القبض للإجازة (أما) صحة الإجازة وبطلان الرهن فلماذا كرنا (وأما) الحاجة إلى تجديد القبض فلأن قبض الرهن دون قبض الإجازة فلا ينوب عنه ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الإجازة أو بعد انقضائها يملك أمانة إن لم يوجد منع من الراهن وإن منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الإجازة ضمن كل قيمته لأنه صار غاصبا بالمنع وليس له أن يعيره من أجنبي بغير إذن المرتهن لما ذكرنا فلو أعار وسلم للمرتهن أن يبطل الأجرة ويعيده رهنا وإن أجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا إذا أعاره باذن المرتهن بخلاف ما إذا أجره فجاز المرتهن أو أجره باذنه أنه يبطل الرهن لأن الإجازة عقد لازم لا ترى أن أحد العاقلين لا ينفرد بالقسخ من غير عذر فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن فاما الأجرة فليست بلازمة لأن للمعير ولاية الاسترداد في أي وقت شاء فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن إلا أنه يبطل ضمان الرهن لما ذكر في موضعه إن شاء الله تعالى وكذا ليس للمرتهن أن ينتفع بالرهون حتى لو كان الرهن عبد ليس له أن يستخدمه وإن كان دابة ليس له أن يركبها وإن كان ثوبا ليس له أن يلبسه وإن كان دارا ليس له أن يسكنها وإن كان مصحفا ليس له أن يقرأ فيه لأن عقد الرهن يفيد ملك الحبس لا ملك الانتفاع فإن انتفع به فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته لأنه صار غاصبا وليس له أن يبيع الرهن بغير إذن الراهن لأن الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين فللراهن والبيع تملك العين فلا يملك المرتهن من غير إذن الراهن ولو باع من غير إذنه وقف على إجازته فإن أجاز جاز وكان الثمن رهنا وكذا إذا باع باذنه جاز وكان ثمنه رهنا سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا يشكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون ديناً والثمن ديناً في ذمة المشتري فكيف يصلح رهنا (والجواب) أن الدين يصلح رهنا في حال البقاء وإن كان لا يصلح ابتداء لأنه في حالة البقاء يبدل المرهون وبدل المرهون مرهون لأنه قائم مقام المرهون كانه هو بخلاف حالة الابتداء وإن رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان ولو هلك في يد المشتري قبل الإجازة لم يجز الإجازة لأن قيام المعقود عليه شرط صحة الإجازة والراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن وإن شاء ضمن

المشتري لأن كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض فإن ضمن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنا لأنه ملكه بالضمان فبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لأنه بدل ملكه والضمان يكون رهنا لأنه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل إنما يجوز البيع بتضمين المرتهن إذا سلم الرهن إلى المشتري أولا ثم باعه منه فأما إذا باعه ثم سلمه فانه لا يجوز لأن سبب ثبوت الملك هو التسليم لأنه سبب وجوب الضمان وملك المضمون تلك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما إذا باع مال غيره بغير إذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز بيعه كذا هذا وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشتري بطل البيع لأن بتضمين المشتري لم تبين أن المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لأنه بدل المرهون ويرجع المشتري على البائع بالثمن لأن البيع لم يصح وليس له أن يرجع بالضمان عليه وليس له أن يبيعه أو يتصدق به بغير إذن الراهن لأن الهبة والتصدق تملك العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كالأجرة البيع فإن فعل وقف على إجازة المرتهن إن أجاز جاز وبطل الرهن وإن در عاده رهنا كما كان ولو هلك في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الإجازة فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن وإن شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما المرتهن فلا شك فيه لأنه ملك المرهون بالضمان فبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه (وأما) الموهوب له والمتصدق عليه فلا بد أن الرجوع بالضمان بحكم الضرر وأنه لا يتحقق في الهبة والصدقة بخلاف البيع والإجازة وليس له أن يؤجره من غير الراهن بغير إذنه لأن الإجازة تملك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من غيره فإن فعل وقف على إجازة الراهن فإن أجاز جاز وبطل الرهن لما ذكرنا فإما تقدم وكانت الأجرة للراهن ولا تكون رهنا لما مر وولا ية قبضها للمرتهن لأن القبض من حقوق العقد والمآقد هو المرتهن ولا يعود رهنا إذا انقضت مدة الإجازة لأن العقد قد بطل فلا يعود إلا بالاستئناف وإن رد بطل وأعاد رهنا كما كان ولو أجره بغير إذن الراهن وسلمه إلى المستأجر فهلك في يده فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم إلى المستأجر وإن شاء ضمن المستأجر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير أنه إن ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه بأجرة قدر المستوفى من المنافع إلى وقت الهلاك لأنه ملكه بالضمان فبين أنه أجر ملك نفسه فصح وكانت الأجرة له لأنها بدل منفعة مملوكة له إلا أنها لا تطيب له وإن ضمن المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لأنه صار معرورا من جهته فيرجع عليه بضمان الفرور وهو ضمان الكفالة ولا أجرة عليه لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عاده رهنا كما كان لأنه استرده فقد عاد إلى الوفاق بعد ما خالف فاشبه المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق والأجر للمرتهن لكن لا يطيب له كالفاسد إذا أجر الموصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير إذنه لما ذكرنا في الإجازة فإن أعاره وسلمه إلى المستعير فالراهن أن يبطل الأجرة فإن هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن وإن شاء ضمن المستعير وأما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع على المرتهن فسلانه ملكه بالضمان فبين أنه أعار ملكه (وأما) المستعير فلأن الرجوع بالفرور ولم يوجد بخلاف الإجازة (وأما) كون الضمان رهنا فلا بد أنه بدل المرهون فيكون مرهونا وإن سلم واسترده المرتهن عاده رهنا كما كان لأنه عاد إلى الوفاق فالحق الخلاف فيه بعدم ولو أعاره باذن الراهن أو بغير إذنه وأجاز جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما ذكرنا بخلاف الإجازة فانهما يبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له أن يرهنه بغير إذن الراهن لأنه لم يرض بحبس غيره فإن فعل فالراهن الأول أن يبطل الرهن الثاني ويعيده إلى المرتهن الأول لأن الرهن الثاني لم يصح فلو هلك في يد المرتهن الثاني قبل الإعادة إلى الأول فالراهن الأول بالخيار إن شاء ضمن المرتهن الأول وإن شاء ضمن المرتهن الثاني فإن ضمن المرتهن الأول جاز الرهن الثاني لأنه ملك المرتهن الأول بالضمان فبين أنه رهن ملك نفسه ولو هلك في يد المرتهن



الثاني يهلك بالدين فكان ضمانه رهنا لا نه بدل المهرن الثاني بطل الرهن الثاني ويكون الضمان رهنا على المرتهن الاول لكونه بدل المهرن ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الاول بما ضمن وبدينه (أما) الرجوع بالضمان فلا نه صار مغرورا من جهة فيرجع عليه (وأما) الرجوع بدينه فلا نه الرهن الثاني لم يصح فيق دبنه عليه كما كان وان رهن عند الثاني باذن الراهن الاول جاز الرهن الثاني وبطل الرهن الاول (أما) جواز الرهن الثاني فلا نه المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الاول فاذا أجاز الثاني بطل الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعمار مال الراهن الاول ليرهنه بدينه فرهنه وليس له أن يودعه عند أجنبي ليس في عياله لأن الراهن لم يرض الابيد أو يبد من يده في معنى يده وبدا لأجنبي الذي ليس في عياله ليست في معنى يده فان فعل وهلك في بد المودع ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالابداع وله أن يدفعه الى من هو في عياله كزوجته وخادمه وأجيرته الذي يتصرف في ماله لان يدهو لا يكد له الا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم فكان الهالك في أيديهم كالهالك في يده والاصل في هذا أن للمرتهن ان يفعل في الرهن ما يبد حفظه وليس له أن يفعل ما يبد استعماله وانقضاءه وعلى هذا يخرج ما اذا ارتهن خاتما فحمله في خنصره فهلك ضمن كل قيمته لان الترخيم بالخنصر مما يتجمل به عادة فكان استعماله وهو ما دون في الحفظ لا في الاستعمال ويستوى فيه الترخيم واليسري لان الناس يختلفون في التجمل بهذا النوع منهم من يتجمل بالتخيم في الترخيم ومنهم من يتجمل به في اليسري فكان كل ذلك استعمالا ولو جعله في قبة الاصابع فهلك هلاك الرهن لان الترخيم بها غير معتاد فكان حفظا لا استعمالا ولو لبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه الى العرف والعادة فان كان اللبس ممن يتجمل بخاتمين يضمن لانه مستعمل له وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولو رهنه سيفين فتقديهما يضمن ولو كانت السيوف ثلاثة فتقديهما يضمن لان التقدي سيفين معتاد في الجملة فكان من باب الاستعمال (فأما) بالثلاثة فليس بمعتاد فكان حفظا لا استعمالا وان كان الرهن طيلسانا أو قباء فليس به لسانا معتادا يضمن وان جعله على عاتقه فهلك يهلك رهنا لان الاول استعمال والثاني حفظ وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضي لان يبيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن باذن القاضي له لان له ولاية في مال غيره في الجملة فان باع بغير اذنه ضمن لانه لا ولاية له عليه واذا باع بامر الحاكم كان ثمنه رهنا في يده لانه بدل المهرن فيكون رهنا وله أن يطالب الراهن بإيفاء الدين مع قيام عقد الرهن اذا لم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بإيفاء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه فقال الراهن به واستوف حقه فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حتى فله ذلك لان الرهن وثيقة وباليق يخرج عن كونه رهنا فيبطل معنى الوثيقة فله أن يتوثق باستيفائه الى استيفاء الدين ولو قال الراهن للمرتهن ان جئتك بحتك الى وقت كذا والا فبولك بدينك أو بيع بحتك لم يحز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التمليك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضي أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أي حنيفة عليه الرحمة وعندهما له أن يبيعه عليه وهي مسألة الحجز على الحر وقد ذكرناها في كتاب الحجر وكذلك ليس للعدل أن يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك والكلام في العدل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان مال للعدل أن يفعله في الرهن وما ليس له أن يفعله فيه والثاني في بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح والثالث في بيان ما ينزل به العدل يخرج عن الوكالة وما لا ينزل (أما) الاول فتقول وبالله التوفيق للعدل أن يحبس الرهن بيده ويبد من يحفظ ماله بيده وليس له أن يدفعه الى المرتهن بغير اذن الراهن ولا الى الراهن بغير اذن المرتهن قبل سقوط الدين لان كل واحد منهما لم يرض ببذ صاحبه حيث وضعه في يد العدل ولودفعه الى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده ويعيده الى يد العدل كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس له أن يتفيع

بازن ولا أن يتصرف فيه بالاجارة والاعارة والرهن وغير ذلك لان الثابت له بالوضع في يده هو حق الامسك لا الانتفاع والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا الا اذا كان مسلطا على بيعه في عقد الرهن أو متأخرا عنه فله أن يبيعه لانه صار وكيلا بالبيع الا أن التسليط اذا كان في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن واذا كان متأخرا عن العقد يملك لما ذكرنا وله أن يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها رهونة تبع للاصل وكذا له أن يبيع ما هو قائم مقام الرهن نحو ان كان الرهن عبدا فقتله عبدا أو قتا عينه لانه اذا قام مقامه جعل كان الاول قائم ثم اذا سلطه على البيع مطلقا فله أن يبيعه بما ي جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما بما ي قدر كان بمثل قيمته أو بأقل منه قدر ما يتقارب الناس فيه وبالتدوين النسبة عند أي حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الاجل لان الامر بالبيع مطلق واذا باع كان الثمن رهنا عند الذي أن يحل الاجل لان ثمن المهرن مرهون فاذا حل الاجل أو في دين المرتهن ان كان من جنسه وان سلط على البيع عند الحل لا يمكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند الحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أي حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير و بجنس المسلم فيه وهي مسألة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع بما ي جنس كان عند أي حنيفة وعند أي يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بما لا يتقارب الناس فيه ولا بالنسبة ولا بغير الدراهم والدنانير الا أنهم ما جاوزا في مسألة السلم بجنس المسلم فيه لان الامر بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب الى القضاء منه ولو نهى الراهن عن البيع بالنسبة فان نهى عند عقد الرهن ليس له أن يبيع بالنسبة لان التوكيل حصل مقيدا فيلزمه مراعاة التقييد متأخرا اذا كان التقييد مقيدا وهذا النوع من التقييد مقيد ولو نهى متأخرا عن العقد يصح نهيه لان التقييد المتأخر ابطال من حيث الظاهر كالتخصيص المتأخر عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسخا لا بيا نا واذا كان ابطالا لا يملكه الراهن كالا يملك ابطال الوكالة الثابتة عند العقد العزل ثم اذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهنا لانه صار ملكا للمشتري وصار ثمنه هو الرهن لانه قام مقامه سواء كان مقبوضا أو غير مقبوض حتى لو نوى عند المشتري كان على المرتهن وبهاك بالاقل من قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر الى قيمة المبيع بل ينظر الى الثمن بعد البيع لان الرهن انتقل الى الثمن وخروج المبيع عن كونه رهنا فتعتبر قيمة الرهن ثم ان باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وان باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين وقضى الدين منه لانه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن ثم استحق في يد المشتري فالمشتري أن يرجع بالثمن على العدل لان العاقد هو وحق العقد في باب البيع ترجع الى العاقد والعدل بالخيار ان شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وان شاء يرجع بما ضمن على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلا نه البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن قبض الثمن من المرتهن لم يصح فله أن يسترده منه واذا استرده عاد الدين على حاله (وأما) الرجوع بما ضمن على الراهن فله أن يرجع بالعهد عليه واذا رجع عليه سلم للمرتهن ما قبضه لانه صح قبضه هذا اذا سلم الثمن الى المرتهن فان كان هلك في يده قبل التسليم ليس له أن يرجع الا على الراهن لانه وكيل الراهن بالبيع حامل له فكان عهده عمله عليه في الاصل لا على غيره الا أن له أن يرجع على المرتهن اذا قبض الثمن لما ذكرنا فاذا لم يقبض وجب العمل بالاصل فيرجع على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق ويرجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن المشتري وجد به عيبا كان له أن يرد على العدل لان الرد بالعيب من حقوق البيع وانما يرجع الى العاقد والعاقد هو العدل فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذي أعطاه والعدل بالخيار ان كان رده عليه بقضاء القاضي ان شاء يرجع على المرتهن ان كان سلم الثمن اليه وان شاء يرجع على الراهن أما على المرتهن فلا نه اذا رد عليه بعيب بقضاء القاضي فقد انسخ البيع فكان له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهنا بالدين (وأما) الرجوع على الراهن فسلاته وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهد وان كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فان رد العدل ما قبض من الثمن فلا يرجع على



أحد وان كان هلك في يده وضمن في ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن كما ذكرنا في الاستحقاق ويكون المردود رهنا كما كان هذا اذا كان بيع العدل بتسليط مشروط في عقد الرهن فاما اذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سواء قبض المرتهن الثمن أو لم يقبضه لانه وكيل الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله في الاصل لانه عامل له فكان عهدة عمله عليه الا أن التسليط اذا كان مشروطا في العقد ثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة على ما نذكر ان شاء الله تعالى فاذا وقع البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه واذا لم يكن مشروطا فيه لم يثبت التعلق في حق الرجوع بالعهد على الموكل على حكم الاصل وللعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لانها موهنة تبعاً للاصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق الحبس تبعاً لانه ان يبيعها كاله أن يبيع الاصل وكذا العبد المدفوع بالجناية على الرهن بان قتل الرهن أو فاقه فدينه فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثاني قائم مقام الاول لما ودمافصار كان الاول قائم وللمعدل أن يمنع من البيع واذا امتنع لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان في الرهن لم يكن له أن يمنع عنه ولو امتنع جبر عليه لان التسليط اذا لم يكن مشروطا في الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلا بمحض البيع فأشبهه التوكيل بالبيع في سائر المواضع واذا كان مشروطا فيه كان حق المرتهن متعلقا به فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه (وأما) بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلا في رهن عبده المأذون حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على يده مولا له لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أو لم يكن والعبد يصلح عدلا في رهن مولا له حتى لو رهن انسان شيئا على أن يضع في يده عبده المأذون يصح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيلا في استيفاء الدين والمولى لا يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل لنفسه من وجه لما فيه من فراغ رقبته عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من مولا له لذلك افترقا وعن أبي يوسف ان المولى يصلح عدلا في رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلا في رهن مولا له لان المكاتب حر يد أفكان كل واحد منهما أجنبيا عما في يد الآخر والمكفول عنه لا يصلح عدلا في رهن الكفيل وكذا الكفيل لا يصلح عدلا في رهن المكفول عنه لان كل واحد منهما لا يصلح وكيلا في استيفاء الدين من صاحبه لانه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فبغير بيع ذمته عن الدين (وأما) الكفيل فبتخليص نفسه عن الكفالة بالدين وأحد شركي المفاوضة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لان يد كل واحد منهما يد صاحبه فكان ما في يد كل واحد منهما كانه في يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن وانه شرط صحة الرهن وكذا أحد شركي العنان في التجارة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا فان كان من غير التجارة فهو جاز في الشر بكن جميعا لان كل واحد منهما أجنبى عن صاحبه في غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلا في رهن المضارب ولا المضارب في رهن رب المال حتى لو رهن المضارب شيئا من مال المضاربة بدين في المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو رهن رب المال على أن يضعه على يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد رب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن فلم يجز الرهن والاب لا يصلح عدلا في رهنه ثمن ما اشترى للصغير بأن اشترى الاب للصغير شيئا ورهن ثمن ما اشترى له على أن يضعه على يده نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لانه لما شرط على أن يضعه في يده نفسه فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلا في الرهن فان كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط في عقد الرهن على أن يكون الرهن في يده فسد العقد لان قبض المرتهن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه في يده شرطا فاسدا فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن

في ملكه فكان الاصل فيه هو النفاذ والتوقف كان على المرتهن فاذا رضى به فقد زال المانع فينفذ (وأما) بيان ما ينزل به العدل ويخرج عن الوكالة وما لا ينزل فنقول التسليط على البيع اما أن يكون في عقد الرهن واما أن يكون متأخرا عنه فان كان في العقد فنزل الرهن العدل لا ينزل من غير رضا المرتهن لان الوكالة اذا كانت في العقد كانت تابعة للعقد فكانت لازمة بالعقد فلا ينزل الرهن بفسخها كالا ينزل بفسخ العقد وكذا لا ينزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن لما ذكرنا ان الوكالة الثابتة في العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو من توابعه وان كان التسليط متأخرا عن العقد فالراهن أن ينزله وينزل بموت الراهن أيضا لان التسليط المتأخر عن العقد توكيل مبتدأ فينزل الوكيل بمنزل الموكل ومونه وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الوكالة وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن التسليط الطارىء على العقد والمقارن اياه سواء لانه يلتحق بالعقد فيصير كالوجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة وجعل المعدوم حقيقة موجودا تندبر الا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد أو في العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا نورث ولان الراهن رضى به ولم يرض بغيره فاذا مات تبطل الوكالة لكن لا يبطل العقد ويوضع الرهن في يد عدل آخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع في يد الاول في الاجراء بتراضيهما فكذا في يد الثاني في الانتهاء فان اختلفا في ذلك نصب القاضي عدلا ووضع الرهن على يده قطعا للمنازعة وليس للعدل الثاني أن يبيع الا أن يموت الراهن لان الراهن سلب الاول لا الثاني وعلى هذا يخرج صحة الرهن انها على الراهن لا على المرتهن والاصل ان ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لان الملك له وما كان من حقوق السيد فهو على المرتهن لان اليد له اذا عرف هذا فنقول الرهن اذا كان رقيقا فطعامه وشرابه وكسوته على الراهن وكفنه عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وان كانت دابة فالعلف وأجرة الراعي عليه وان كان بستانا فستيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه عليه سواء كان في قيمة الرهن فضل أو لم يكن لان هذه الاشياء من حقوق الملك ومؤهات الملك على المالك والمالك للراهن فكانت المؤنة عليه واخراج الرهن لانه مؤنة المالك (وأما) العشر في الخارج يأخذها الامام ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن شائعاً انه يبطل الرهن في الباقي (ووجه) الفرق ان الفساد في الاستحقاق لمكان الشيوع ولم يوجد ههنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن في القدر المستحق لم يصح والباقي شائع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه في الخارج لا يخرج عنه ملكه بدليل أنه يجوز بيعه ويجوز له الاداء من غيره فكان الدفع الى الامام بمنزلة اخراج الشيء عن ملكه فلا يتحقق فيه معنى الشيوع فهو الفرق ولو كان في الرهن ثمناء فأراد الراهن أن يجعل الثمن التي ذكرنا انها عليه في ثمن الرهن ليس له ذلك لان زوائد المرهون موهونة عند نائبه الاصل فلا يملك الا اتفاق منها كالا يملك الاتفاق من الاصل والحفظ على المرتهن حتى لو شرط الراهن للمرتهن أجرا على حفظه لا يستحق شيئا من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع اذا شرط للمودع اجرا على حفظ الوديعة انه لا اجر لان حفظ الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر وأجرة الحافظ عليه لانها مؤنة الحفظ والحفظ عليه وكذا أجرة المسكن والمأوى لما قلنا وروى عن أبي يوسف ان كراء المأوى على الراهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الباقي على المرتهن بقدر الدين والفضل على ذلك على المالك حتى لو كانت قيمة الرهن والدين سواء أو قيمة الرهن أقل فالجعل كله على المرتهن وان كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتهن وبقدر الزيادة على الراهن لان وجوب الجعل على المرتهن لكون المرهون مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فانقسم الجعل عليهما على قدر الامانة والضمان بخلاف أجرة المسكن انها على المرتهن خاصة وان كان في قيمة الرهن فضل لان الاجرة انما وجبت على المرتهن لكونها مؤنة الحفظ وكل المرهون محفوظ بحفظه فكان كل المؤنة عليه فأما الجعل فاما لزمه لكون المردود مضمونا



والمضمون بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان والقضاء من الجناية والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعل الا بقية تنقسم على المضمون والامانة وكذلك مداواة الجروح والقرح والامراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والامانة كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن المداواة على المرتهن من باب احياء حقه وهو الدين وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير اذنه أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن بغير اذنه فهو مقطوع لانه قضى دين غيره بغير أمره فان فعل بأمر القاضي رجع على صاحبه لان القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك والاذن بالاتفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أتفق طريق صيانة المالكين وكذا اذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه لانه صار وكيلاً عنه بالاتفاق وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله أن الراهن ان كان غائباً فأفق المرتهن بأمر القاضي رجع عليه وان كان حاضر لم يرجع عليه وقال أبو يوسف ومحمد يرجع في الحالين جميعاً بناء على أن القاضي لا يلى على الحاضر عنده وعندهما يلى عليه وهي مسألة الجرح على الحر وستأتي في كتاب الجرح وعلى هذا يخرج زوائد الرهن انهما رهونة عندنا وجملة الكلام في زوائد الرهن انها على ضربين زيادة غير متولدة من الاصل ولا في حكم المتولدة منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الاصل كالولد والنحر والدين والصوف أوفى حكم المتولد من الاصل كالارث والعقر ولا خلاف في أن الزيادة الاولى انها ليست برهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال أصحابنا رحمه الله انها رهونة وقال الشافعي رحمه الله ليست برهونة بناء على أن الحكم الاصل للرهن عنده هو كون المرتهن أخص ببيع المرهون وأحق بثمنه من بين سائر الغرماء فقبل البيع لا يحق له في الرهن حتى يسرى الى الولد فأشبه ولد الجارية اذا جنت ثم ولدت ان حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما أن حكم جناية الام هو وجوب الدفع الى المجنى عليه وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل على أن الزيادة ليست برهونة انها ليست بمضمونة ولو كانت برهونة لكانت مضمونة كالاصل وعندنا حق الحبس حكم أصلي للرهن أيضاً وهذا الحق ثابت في الام فيثبت في الولد تبعاً للام الا انها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعاً للاصل فكانت برهونة تبعاً لأصلها كولد المبيع انه مبيع على أصل أصحابنا رضي الله عنهم لكن تبعاً لأصلها فلا يكون له حصصة من الثمن الا اذا صار مقصوداً بالتبض فكذا المرهون تبعاً لا يكون له حصصة من الضمان الا اذا صار مقصوداً بالتفكاك واذا كانت الزيادة برهونة عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين وليس للراهن أن يفتك أحدهما الا بقضاء الدين كله لان كل واحد منهما مرهون والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وينقسم الدين على الاصل والزيادة على تقدير بقاءها الى وقت التفكاك على قدر قيمتهما لكن تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم التفكاك ونبين ذلك في موضعه وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن انها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا كان للمرتهن أن يحبسهما جميعاً بالدين ولا سبيل للراهن على أحدهما لم يقبض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما الا أنه تعتبر قيمة الرهن الاصل وقت العقد وقيمة الزيادة وقت الزيادة وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن والفرق بين الزيادتين يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان الاول ان الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده لانه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لان ذلك دين لا رهن به والثاني ان المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن أن يحبس كل الدين حتى يستوفي ما بقي قل الباقي أو أكثر لان الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فابقى شيء من الدين بقي محبوساً به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوساً بجميع الثمن فابقى شيء من الثمن بقي محبوساً به كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير

رضا المرتهن وهذا لا يجوز وسواء كان المرهون شيئاً واحداً أو أشياء ليس للراهن أن يسترد شيئاً من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا ومواءمى لكل واحد منهما شيئاً من المال الذي رهن به أو لم يسم في رواية الاصل وذكر في الزيادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فأدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيدان ما ذكر في الاصل قول أبي يوسف وما ذكر في الزيادات قول محمد وذكر الجصاص ان في المسألة روايتين عن محمد (وجه) رواية الزيادات أنه لما سمي لكل واحد منهما ديناً متفرقاً أوجب ذلك تفريق الصفقة فصار كأنه رهن كل واحدة منهما بمقدار حصة (وجه) رواية الاصل أن الصفقة واحدة حقيقة لانها أضيفت الى الكل اضافة واحدة الا انه تفرقت التسمية وتفرق التسمية لا يوجب تفريق الصفقة كما في البيع اذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها أن يستوفي جميع الثمن وان سمي لكل واحد منهما ثمناً على حدة كذا هذا (وأما) الحكم الثاني وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق اذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخرى فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لان بقدر الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببذله وهو الثمن ثم ان كان الدين حالاً والثمن من جنسه فقد استوفاه ان كان في الثمن وفاء بالدين وان كان فيه فضل رده على الراهن وان كان نقص من الدين رجع المرتهن بفضل الدين على الراهن وان كان الدين مؤجلاً حبس الثمن الى وقت حلول الاجل لانه بدل المرهون فيكون مرهوناً فاذا حل الاجل فان كان الثمن من جنس الدين صار مستوفياً دينه وان كان من خلاف جنسه يحبس الى أن يستوفي دينه كله وكذلك اذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا فان فضل منه شيء يضم الفضل الى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالخصص لان قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وان نقص عن الدين رجع المرتهن بما بقي من دينه في مال الراهن وكان بينه وبين الغرماء بالخصص لان قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك لو كان على الراهن دين آخر كان المرتهن فيه اسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن لان ذلك الدين لا رهن به فيتضارب فيه الغرماء كلهم (وأما) الحكم الثالث وهو وجوب تسليم المرهون عند التفكاك فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم فنقول وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضي الدين أولاً ثم يسلم الرهن لان الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه ابطال الوثيقة ولانه لو سلم الرهن أولاً من الجائز ان يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيظل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن الا ان المرتهن اذا طلب الدين يؤمر باحضار الرهن أولاً ويقال له احضر الرهن اذا كان قادراً على الاحضار من غير ضرر زائد ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين لانه لو خوطب بقضائه من غير احضار الرهن ومن الجائز ان الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفياً دينه من الرهن فيؤدي الى الاستيفاء مرتين وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولاً اذا كان ديناً ثم يؤمر بالتسليم المبيع لما ذكرنا في كتاب البيوع الا ان البائع اذا طالبه بتسليم الثمن يقال له احضر المبيع لجواز ان المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائماً في يد المرتهن أو كان في يده بدله بعد ان كان البدل من خلاف جنس الدين نحو ما اذا كان المرتهن مسلطاً على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ وقضى بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان للراهن أن لا يدفع حتى يحضره المرتهن لان البدل قائم مقام المبدل فكان المبدل قائم ولو كان قائماً كان له ان يمنع ما لم يحضره المرتهن فكذلك اذا قام البدل مقامه ولو كان الرهن على يد عدل وجعل للعدل ان يضعه عنده من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه بحجر الراهن على قضاء الدين ولا يكف المرتهن باحضار الرهن لان قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق الا انه رخص له التأخير الى غاية احضار الدين عند القدرة على الاحضار وهنا لا قدرة للمرتهن على احضاره لان للعدل ان يمنعه عنه ولو أخذ من يده جبراً كان غاصبا



والى هذا المعنى أشار محمد في الكتاب فقال كيف يؤمر باحضار شئ لو أخذه كان غاصبا وإذا سقط التكليف  
بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك إذا وضع الرهن على يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا  
يدرئ أبى هولا يكلف المرتهن باحضار الرهن ويحجر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن في يد المرتهن  
فالتقيافى بد آخر فطالب المرتهن الراهن بقضاء دينه فان كان الدين مماله حمل ومؤنة خبير الراهن على قضاء الدين ولا  
يحجر المرتهن على احضار الرهن لما ذكرنا ان قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير الى وقت الاحضار  
للضرورة التي ذكرناها عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زائد والمرتهن هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة  
بالرهن أو بنقله من مكان العقد وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال  
المرتهن لم يهلك فالتقول قول المرتهن مع يمينه لان الرهن كان قائما والاصل في الثابت بقاؤه فالمرتهن يستصحب حالة  
القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الاصل لان الظاهر شاهده ولا ان الراهن يدعى  
الهلاك يدعى على المرتهن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه ويحلف على البتات لانه يحلف على  
فعل نفسه وهو القبض السابق لان المرتهن لا يصير مستوفيا بهلاكه لانه لا يصنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك  
فعلة بخلاف ما اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتهن في هلاك الرهن ان هناك يحلف  
المرتهن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف  
على العلم كما لو ادعى الراهن انه أوفى الدين وكيل المرتهن والمرتهن ينكر انه يحلف على العلم لما ذكرنا كذا هذا وان كان  
الرهن مماله حمل له ولا مؤنة فالتقياس انه يحجر على قضاء الدين وفي الاستحسان لا يحجر مالم يحضر المرتهن الرهن لانه  
ليس في احضاره ضرر زائد وعلى هذا الاصل مسائل في الزيادات ولو اشترى شيئا ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى  
لقيه البائع في غير مصره الذي وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وأبى المشتري حتى يحضر المبيع لا يحجر المشتري على تسليم الثمن  
حتى يحضر البائع المبيع سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن فرق بين البيع والرهن ووجه الفرق ان البيع معاوضة مطلقة  
والمساواة في المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة ولا تتحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن  
لانه ليس بمعاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين  
في هذا الحكم

فصل ١٠ وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون اذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه واما ان يهلك  
بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع أحدها في بيان  
أصل الضمان أنه ثابت أم لا والثاني في بيان شرائط الضمان والثالث في بيان قدر الضمان وكيفيته أما الاول فقد  
اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعي رحمه الله يهلك أمانة احتج  
بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه  
لذنبه وعليه غرمه فقد جعل النبي عليه الصلاة والسلام غرم الرهن على الراهن وانما يكون غرمه عليه اذا هلك أمانة  
لان عليه قضاء دين المرتهن فاما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتهن حيث سقط حقه لا على الراهن وهذا  
خلاف النص ولان عند الرهن شرع ونية بالدين ولو سقط الدين يهلك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لانه يقع  
تعريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة  
والسلام انه قال الرهن بما فيه وفي رواية الزهري بما فيها وهذا نص في الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا  
رهن بدين عند رجل فرساً بحق له عليه فتفق القرس عند فطالبه المرتهن بحتة فاختصم الى رسول الله صلى الله عليه  
وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حثك ولان المرتهن جعل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك  
الاستيفاء ثانيا كما اذا استوفى بالفكاك وتقرر معنى الاستيفاء في الرهن ذكرناه في مسائل الخلاف وأما الحديث

فيحتمل

فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن أي لا يملك اذا غلق يستعمل في الهلاك كذا قال  
بعض أهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لانه يذهب بالدين فلا يكون هالكاً بمعنى وقيل معناه أي لا  
يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكما جاهليا جاء الاسلام فظله وقوله عليه  
الصلاة والسلام عليه غرمه أي غنمه وكفنه ونحن به نقول أنه ونية قلنا معنى التوثيق في الرهن هو التوصل اليه في  
أقرب الاوقات لانه كان للمرتهن ولاية مطلوبة الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله وبعد الرهن حدث له ولاية  
المطالبة بالتضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول الى حثه فحصل معنى التوثيق

فصل ١١ (وأما) شرائط كونه مضمونا عند الهلاك فانواع منها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض  
ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك أمانة وعلى هذا يخرج ما اذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد  
المرتهن أنه يهلك بغير شئ ولا ضمان على المرتهن فيه اذ لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحسانا والقياس  
أن يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى وزفر سوى بين  
البراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما (وجهه) القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء ويتردد ذلك الاستيفاء عند  
الهلاك فيصير كانه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ولان المرهون لما صار  
مضمونا بالقبض يبق الضمان ما بقي القبض وقد بقي لانعدام ما ينتقض وجه الاستحسان أن كون المرهون مضمونا  
بالدين يستدعي قيام الدين لان الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالبراء فيستحل أن يبقى مضمونا به وقد خرج  
الجواب عن قوله ان الاستيفاء يتردد عند الهلاك لا نقول نعم اذا كان الدين قائما فاستقط بالبراء لا بصور الاستيفاء  
وهذا بخلاف ما اذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لان قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقي  
القبض مالم يوجد المستقط والاستيفاء لا يستقط الضمان بل يقرره لان المستوفى يصير مضمونا على المرتهن بخلاف  
البراء لانه مستقط لان البراء استقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا اذ لم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد  
طلبه فان وجد ثم هلك الرهن في يده ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالتمنع وانقصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا  
يخرج ما اذا أخذت المرأة بصدقها رهننا ثم طلقتها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها أنه لا ضمان عليها في  
نصف الصداق الذي سقط بالطلاق لانها لم تنصر مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم  
يبقى القبض مضمونا وكذلك لو أخذت بالصداق رهننا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق ثم هلك  
الرهن في يدها لا ضمان عليها لان الصداق لم يستقط بالردة لم يبق القبض مضمونا فصار كما لو أبرأته عن الصداق ثم هلك  
الرهن في يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فأخذت مهر المثل رهننا ثم طلقتها قبل الدخول بها حتى  
وجبت عليه المتعة لم يكن له أن يحبس الرهن بالمتعة ولو هلك في يدها ولم يوجد منها منع يهلك بغير شئ والمتعة باقية على  
الزوج وهذا قول أبي يوسف وقال محمد لها حق الحبس بالمتعة ولتب المسئلة أن الرهن مهر المثل هل يكون رهننا بالمتعة  
عند أبي يوسف لا يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول أبي حنيفة في الاصل وذكر الكرخي رحمه الله قوله مع قول  
أبي يوسف وجه قول محمد أن الرهن بالشئ رهن يبدله في الشرع لان بدل الشئ يقوم مقامه كانه هو لهذا كان الرهن  
بالمغصوب رهننا بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه رهننا برأس المال عند الاقالة والمتعة بدل عن نصف المهر لانه  
يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا أحد البدل في أصل الشيوع ولا يبي يوسف أن  
المتعة وجبت أصلا بنفسها لا بدلا عن مهر المثل والسبب ان عقد لوجوبها ابتداء كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق  
زال في حق أحد الحكيمين وبقي في حق الحكم الآخر الا أنه لا يعمل فيه الا بعد الطلاق فكان الطلاق شرط عمل السبب  
وهذا لا يدل على كونها بدلا كما في سائر الأسباب المتعلقة بالشروط ولو أسلم في طعام وأخذ به رهننا ثم تقاسمنا العقد  
كان له أن يحبس الرهن برأس المال لان رأس المال بدل عن المسلم فيه فان هلك الرهن في يده يهلك بالطعام لان



القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام وبالأقاليم يستقط الضمان أصلا لأن بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما إذا أبرأه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يملك بغير شيء لأن الضمان هناك سقط أصلا ورأسا فخرج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبد أو ثيابا ثم نفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لأن المشتري بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا المشتري وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا من المشتري ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في السلم ومنها أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن فإن لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وإن بقي عقد الرهن لأن المرهون إنما صار مضمونا بالقبض فإذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده أنه لا يستقط شيء من الدين لأن قبض الغاصب أبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده إلى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعدما فرغ عنه يملك بالدين وإن هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لأن المرهون قبل أن يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لانعدام ما يتقضى وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ في الانتفاع فقد تنقضه لوجود قبض العارية وقبض العارية ينافي قبض الرهن لأنه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فإذا جاء أحدهما انتفى الآخر ثم إذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض العارية فعاد قبض الرهن وكذلك إذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فتبعضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لأن قبضه قبض العارية وأنه قبض أمانة فينفي قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو أعاره المرتهن باذن الراهن من أجنبي وسلمه إلى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد الرهن ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولد أو ولد لمرهون لأن الأصل مروءة لقيام عقد الرهن حتى لو هلك الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال لأن الضمان وإن فات فالعقد قائم وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر وإذا بقي العقد في الأم صار الولد مضمونا تبعاً للأم فكان له أن يحبس بجميع المال وكذا لو ولدت هذه الجارية ولدا فأنهما رهن بجميع المال وإن مات لم يستقط شيء من الدين لأن الولد ليس بمضمون ألا ترى أن الأم لو كانت قائمة فهلك الولد لا يستقط شيء من الدين فكذا إذا كانت هالكة ولا يفتك الرهن واحدا منهما حتى يؤدي المال كله لهما دخلا جميعا في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولومات الراهن والرهن قائم في يده قبل أن يردده إلى المرتهن المرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وإن بطل الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن أحق به وإن لم يكن فيه ضمان ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع به فجاء يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلفا فقال الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعدما لبسته وردته إلى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لأنهما لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعي عوده إلى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا إذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فأما إذا اختلفا في أصل اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تخرق وقال المرتهن لبسته فتخرق فالقول قول الراهن لأنهما اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن يدعي أنه لبس يدعي الخروج من الضمان والراهن ينكر فكان القول قوله وإن أقام الراهن البيينة أنه تخرق في ضمان المرتهن وأقام المرتهن البيينة أنه تخرق بعد خروجه من الضمان فالبيينة بينة الراهن لأن بينته مثبتة لأنها تثبت الاستيفاء وبينه المرتهن تنفي الاستيفاء فالبيينة أولى (ومنها) أن يكون المرهون مقصودا فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو في حكم المتولد كالولد وانتم والبن والصوف والعقر ونحوها مضمونا لا الأرض خاصة حتى

لوهلك شيء من ذلك لا يستقط شيء من الدين إلا الأرض فإنه إذا هلك تستقط حصته من الدين وإنما كان كذلك لأن الولد ليس بمرهون مقصودا بل بغير الأصل كولد المبيع على أصل احتجاج المبيع بغيره لا مقصودا والمرهون بغيره لا حصته من الضمان إلا إذا صار مقصودا بالفكك كما أن المبيع بغيره لا حصته من الثمن إلا إذا صار مقصودا بالقبض بخلاف الأرض لأنه بدل المرهون لأن كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبدل الشيء قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه حكم الأصل والأصل مضمون فكذا بدله بخلاف الولد ونحوه وبخلاف الزيادة على الرهن أنها مضمونة لأنها مرهونة مقصودا لانعدام الزيادة إذا تحققت بأصل العقد كان العقد ورد على الزيادة والمزيد عليه على ما ذكر في موضعه إن شاء الله تعالى ولو هلك الأصل بقيت الزيادة تقسم الدين على الأصل والزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الأصل وقت القبض وإن شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لأن الإيجاب والقبول لا يصير عندا شرعا إلا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكك لأن الأصل إنما صار مضمونا بالقبض فتعتبر قيمة يوم القبض والزيادة إنما يصير لها حصته من الضمان بالفكك فتعتبر قيمتها حينئذ لأن هذه القسمة للحال ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة إلى الزيادة والتقصان من حيث السعر والبدن والقسمة الحقيقية وقت الفكك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الأصل بالزيادة والتقصان في السعر أو في البدن لأن الأصل دخل في الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير الضمان والولد إنما يأخذ قسطا من الضمان بالفكك فتعتبر قيمته يوم الفكك وشرح هذه الجملة إذا رهن جارية قيمتها ألف ألف فولدت ولدا يساوي ألفا فإن الدين يقسم على قيمة الأم والولد نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الأم سقط نصف الدين وبقي الولد رهنا بالنصف الباقي يفتكه الراهن به إن بقي إلى وقت الافتكك وإن هلك قبل ذلك هلك بغير شيء وجعل كأن لم يكن وعادت حصته من الدين إلى الأم وتبين أن الأم هلكت بجميع الدين وإن لم يهلك لكن تغيرت قيمته إلى الزيادة فعاد يساوي الفين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة أنثى الثلث الدين في الولد والثلث في الأم وتبين أن الأم هلكت بثلث الدين وبقي الولد رهنا بالثلثين فإن ازدادت قيمته وصار يساوي ثلاثة آلاف بطلت قسمة الثلث وصارت القسمة أربعين بثلثين أو أربعين الدين في الولد وبقي في الأم هلكت بربع الدين وبقي الولد رهنا بثلثي الأربعة ولو تغيرت قيمته إلى التقصان فصار يساوي خمسمائة بطلت قسمة الأربع وصارت القسمة أنثى الثلث الدين في الولد وتبين أن الأم هلكت بثلثي الدين وبقي الولد رهنا بثلثي الأربعة وهذا الاعتبار سواء كان الولد واحدا أو أكثر ولدوا معا أو متفرقا يقسم الدين على الأم وعلى الأولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الأم يوم العقد وقيمة الأولاد يوم الفكك لما ذكرنا وولد الولد في القسمة حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بنتا وولدت بنتها ولد أفهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد الأصلي ثم يقسم ببقية عليه وعلى ولده لأن ولد الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما في الحكم ولدان ولو ولدت الجارية ولدا ثم قصت قيمة الأم في السعر أو في البدن فصارت تساوي خمسمائة أو زادت قيمتها فصارت تساوي ألفين والولد على حاله يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وإن كانت الأم على حالها وانتقصت قيمة الولد بغير دخله أو لسعر فصار يساوي خمسمائة صار الدين فيهما أنثى الثلثان في الأم والثلث في الولد ولو زادت قيمة الولد فصار يساوي الفين فثلثا الدين في الولد والثلث في الأم حتى لو هلكت الأم بقي الولد رهنا بالثلثين لما ذكرنا أن الأصل إنما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا تتغير القسمة والولد إنما يصير له حصته من الضمان بالفكك فتعتبر قيمته يوم الفكك ولو أوعرت الأم بعد الولادة أو كانت أعورت قبلها ذهب من الدين بعورها ربه وذلك مائتان وخمسون وبقي الولد رهنا بثلثة أربعين الدين وذلك سبع مائة وخمسون وهذا الجواب فيما إذا ولدت ثم أعورت ظاهر لأن الدين قبل الأعورار كان فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة فإذا أعورت والعين من



الآدمي نصفه فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقي الولد رهنا بقيمة الدين وهو ثلاثة ارباع (فأما) اذا اعورت مولدت فنيه اشكال من حيث الظاهر وهو ان قبل الاعور ار كان كان كل الدين فيها وبالاعور ار ذهب النصف وبقي النصف فاذا ولدت ولد اقبضتني ان يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية الموراء وعلى ولدها اثلاثا الثلثان على الولد والثلث على الام (والجواب) ان ذهاب نصف الدين بالاعور ار لم يكن حيا بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فاذا ولدت تبين انه لم يكن ذهب بالاعور ار الاربع الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كأنها ولدت ثم اعورت ولو هلك الولد قد اعورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعور لان الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن وعادت حصته الى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا اعورت ذهب بالاعور ار نصفه وبقي النصف الاخر ولو لم يهلك ولكنه اعور لم يستقطب باعوراره شيء من الدين لانه لو هلك لا يستقطب فاذا اعور اولي لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير لانها تختمل التغير بتغير قيمة الولد الى الزيادة والنقصان لما ذكرنا في تقدم وعلى هذا يخرج الزيادة في الرهن انها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبد لان هذه زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصود أفكانت مرهونة أصلا لا تبعاً فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزد عليه والزيادة وجملته الكلام في كيفية التقسام ان الراهن لا يخلو (اما) ان زاد في الرهن وليس في الرهن غناء (واما) ان كان فيه غناء فان لم يكن فيه غناء يقسم الدين على المزد عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية والفاو قيمة العبد الف والدين الف كان الدين فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيهما اثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك بهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما رهون مقصودا لا تبعاً الا أنه تعتبر قيمة المزد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما اذا دخل في الضمان بالتبض فتعتبر قيمته يوم التبض والتبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهي غناء وان القسمة تتغير بتغير قيمتها لانها مرهونة تبعاً لأصلاً والمرهون تبعاً لا يأخذ حصته من الضمان الا بالتكالك فتعتبر قيمتها يوم التكالك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو نقص الرهن الاصل في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاد الرهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما اذا رهن جارية قيمتها الف بألف فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف ثم زاد الراهن عبد اقيمة الف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة اثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثا وثلاثة وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان في الجارية فرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي غناء بأن اعورت الجارية ثم ولدت ولدا اقيمة ألف ان الدين يقسم على قيمة الجارية يوم التبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم التكالك نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالاعور ار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقي ثلاثة ارباع الدين وذلك سبع مائة وخمسون في الام والولد ثلثا ذلك خمسمائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الام وفي الزيادة على الرهن يبقى الاصل والزيادة بنصف الدين (ووجه) الفرق بين الزيادة في الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الاصل لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصودا فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا النصف فيقسم ذلك النصف عليها على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لانها ليست بمرهونة مقصودا لانعدام وجود الرهن فيم مقصودا بل بما للاصل لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعاً للاصل كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتاً في الام فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم التبض وكذلك لو قضى الراهن للمرته من الدين خمسمائة ثم زاد في الرهن

عبد اقيمة ألف ان هذه الزيادة التحق الخمسمائة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهي خمسمائة وعلى قيمة العبد الزيادة وبقي ألف اثلاثا ثلثا في العبد وثلثا في الجارية حتى لو هلك العبد هلك بثلثي الخمسمائة وذلك ثلثا وثلاثة وثلاثون وثلث في الجارية ولو هلك الجارية هلك بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لان الزيادة زائدة على المرهون والمرهون محبوس بالدين واخبروس بالدين هو نصف الجارية لا كبا وبقي نصف الدين لصيرورته مقتضيا فالزيادة تدخل في الباقي وبقي النصف الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة اثلاثا ولو قضى خمسمائة ثم اعورت الجارية قبل أن يزاد الرهن ثم زاد عبد اقيمة الف درهم قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية عوراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم أربعة من ذلك في الزيادة وسهم في الجارية عوراء لانه لم يقضى الراهن خمسمائة فرغ نصف الجارية شائعاً من الدين وبقي النصف الباقي في نصفه شائعاً وذلك خمسمائة فاذا اعورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بمافيه من الدين وذلك مائتان وخمسون وبقي مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فاذا هذه الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر في الاصل والزيادة أخماساً أربعة أخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسة وذلك خمسون في الاصل هذا اذا زاد وليس في الرهن غناء فاما اذا زاد وفيه غناء بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولدا يساوي ألفاً ثم زاد عبد اقيمة ألف فالراهن لا يخلو اما ان زادوا لام قائمة واما ان زاد بعد ما هلك الام فان كانت قائمة فلا يخلو اما ان جعله زائدة على الولد أو على الام أو عليها جميعاً أو أطلق الزيادة ولم يسم المزد عليه انه الام أو الولد فان جعله زائدة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الام لان الاصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذي أوقفه وقد جعله زائدة على الولد فيكون زائدة معه فيقسم الدين أولاً على الام والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم التكالك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم التكالك لما بينا في تقدم وقيمة الزيادة يوم وقت قبضها لانها انما جعلت في الضمان بالتبض فتعتبر قيمتها يوم التبض ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لانه اذا هلك جعل كأن لم يكن أصلاً ورأساً فلم تتحقق الزيادة عليه لان الزيادة لا بد لها من مز يد عليه فتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زائدة على الام فهو على ما جعل لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشروا لانه لو أطلق الزيادة لوقعت على الام فعند التمسيد والتنصيص أولى واذا وقعت زائدة على الام جعل كأنها كانت موجودة وقت العقد فيقسم الدين عليها على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم التبض ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم التكالك ولو مات الولد أو زادت قيمته أو ولدت ولدا فالحكم في حق العبد للزيادة لا تتغير ويقسم الدين أولاً على الجارية والعبد نصفين ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها فتعبر زائدة الولد في حق الام ولا تعتبر في حق العبد سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله لان الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلك الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين وبقي الولد وان الزيادة بمافيهما بخلاف ما اذا هلك الولد انه يبطل الزيادة لان بهلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل يتناهي ويتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لانه اذا هلك التحق بالعدم من الاصل وجعل كأن لم يكن فتبين ان الزيادة لم تصح رهنا ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء لان الولد غير مضمون بالهلاك فاذا هلك جعل كأن لم يكن وجعل كأن الزيادة حدثت ولا بد للجارية كذلك وان جعله زائدة على الام والولد جميعاً فالعبد زائدة على الام خاصة ولا عبرة للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها وانما يعتبر في حق الام ويدخل في حصة الام والولد في حق الزيادة حال وجود الام كالمعدم فلا تصلح الزيادة عليه في حال قيام الام فيقسم الدين على الاصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما أصاب الام قسمة أخرى بينهما وبين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد ويوم التكالك كذلك وان أطلق الزيادة ولم يسم الام



ولا الولد فالز يادره من مع الام خاصة لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما على الاثر اذ يصلح  
مزيدا عليه الا ان الام اصل في الرهن والولد تابع فعند الاطلاق جعلها زيادة على الاصل أولى واذا صارت  
الزيادة رهنها مع الام يقسم الدين قسمين على نحو ما بينا هذا اذا كانت الام قاعة وقت الزيادة (فاما) اذا ملكك  
الام ثم زادوا العبدز يادره على الولد فكانا جميعا رهنا بحسبة يفتك الرهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين لان الزيادة  
تستدعي مزيدا عليه والهالك خرج عن اتمان ذلك فتعين الولد مزيدا عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام  
وبقي النصف وذلك خمسمائة فيقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد اخذ الرهن العبد بغير  
شيء لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كأنه لم يكن وعادت حصته الى الام فتبين انها ملكك بجميع الدين  
فتبين ان الزيادة حصلت بعد سقوط الدين فلم تصح ولو هلك العبد الزيادة بعد هلاك الولد في يد المرمين هلك امانة  
الا اذا امنعه بعد الطلب لانه تبين أنه لم يكن رهنا في الحقيقة لما بينا فصار كما اذا رهن بدن ثم تصادق على أنه لا دين ثم هلك  
الرهن أنه يهلك امانة قلنا كذا هذا الا اذا امنع بعد الطلب لانه صار غاصبا بالمنع فيلزمه ضمان الغصب (واما) بيان  
كيفية الضمان وقدره فالرهن لا يخلو اما أن يكون من جنس حق المرمين أو من خلاف جنس حقه فان كان من خلاف  
جنس حقه فاما أن يكون شيئا واحدا واما أن يكون أشياء فان كان شيئا واحدا يهلك مضمونا بالاكل من قيمته ومن الدين  
وتقسيره اذا رهن عبد ا قيمته الف بألف فهلك ذهب الدين كله وان كانت قيمة العبد الفين فهلك ذهب كل الدين  
أيضا وفضل الرهن يهلك امانة وان كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة ويرجع المرمين على الراهن بفضل  
الدين وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود وهورواه عن  
سيدنا علي رضي الله عنهم ومنهم من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت أي على المرمين بفضل قيمة الرهن وهكذا  
روى عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما ومنهم من قال انه مضمون بالدين بالغ ما بلغ أي يذهب كل الدين قلت قيمة  
الدين أو كثرت وهو مذهب شريح وعن سيدنا علي رضي الله عنه رواية أخرى أنه قال يتراد ان الفضل يعني ان كانت  
قيمة الرهن أكثر فللراهن أن يرجع على المرمين بفضل القيمة وان كانت قيمته أقل فللمرمين أن يرجع على الراهن  
بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعي رحمه الله في قوله ان المرهون امانة لان اختلافهم في كيفية  
الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضمونا فانكار الضمان أصلا يرجع الى مخالفة الاجماع فكان باطلا ثم الرجحان في  
كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضي الله عنهما لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء لان قبض  
الرهن قبض استيفاء ويتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء فان كانت قيمة الرهن مثل  
الدين أمكن تحقيق الاستيفاء لان استيفاء الدين مثله صورة ومعنى أو معنى لا صورة واذا كانت قيمته أكثر لا يتحقق  
الاستيفاء الا في قدر الدين ولا يتحقق في الزيادة لان استيفاء الاقل من الأكثر يكون ربا واذا كانت قيمته أقل لا يمكنه  
تحقيق الاستيفاء الا بقدر الدين لان استيفاء الاكثر من الاقل لا يتصور هذا اذا كان المرهون شيئا واحدا فاما اذا كان  
أشياء بأن رهن عشرين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك فلا يخلو (اما) ان أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيئا من  
الدين (واما) ان قيد وسمى لكل واحد منهما مقدرا معلوما من الدين فان أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما  
وكان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون والمرهون  
مضمون بالدين فلا بد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما في كل واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما في  
باب البيع باعتبار قيمتهما المعروفة مقدارا الثمن لان المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن وان قيد كان كل  
واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمته وسمى له لانه لما سمي وجب اعتبار التسمية فينظر الى القدر المسمى لكل واحد  
منهما فافيهما هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن القدر المسمى كما في باب البيع اذا سمي لكل واحد من المبيعين ثم أنه ينقسم  
الثمن عليهما بالتدريج المسمى كذا هذا اذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك في يد المرمين فاما اذا كان من

جنسه بأن رهنه وزنا بجنسه أو مكلا بجنسه وهلك في يد المرمين فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة يهلك  
مضمونا بالدين باعتبار الوزن دون القيمة حتى لو كان وزن الرهن يمثل وزن الدين وقيمته أقل منه فهلك يذهب كل  
الدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ما ذكرنا أصل أبي حنيفة أنه يعتبر الوزن  
دون القيمة في الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن في الاقباض ربه المرمين فاما في قبض ربه فيضمنان القيمة من  
خلاف الجنس (واما) في الاكسار فبو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء في الوزن والقيمة  
ولا يريان الجعل بالدين أصلا ومحمد يجعل بالدين لكن عند الامكان بأن لا يؤدي ذلك الى الضرر بالراهن ولا  
بالمرمين ولا يؤدي الى الرافق أدى الى شيء مما ذكرنا فانه لا يجعل بالدين أيضا واذا كانت قيمة الرهن أكثر فابو  
يوسف يجعل التقصان الحاصل بالاكسار شامعا في قدر الامانة والمضمون فاما في الامانة يذهب بغير شيء وما  
كان في المضمون يضمن المرمين قيمته ويهلك من الرهن بقدره ومحمد رحمه يصر في التقصان الى الزيادة واذا كثرت  
التقصان حتى اقتصر من الدين بخير الراهن بين أن يفتكه وبين أن يجعله بالدين ومن أصل أبي حنيفة أنه يجوز  
استيفاء الزوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا  
عند محمد الا ان محمد أترك أصله في الرهن وعند أبي يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه من أصله  
أنه لا يجوز استيفاء الزوف عن الجياد فهذه اصول هذه المسائل (واما) تخرجهما على هذه الاصول فنقول وبالله  
التوفيق اذا كان الدين عشرة دراهم فزعه بقلب فضة فهلك أو انكسر في يد المرمين فوزن القلب لا يخلو اما أن يكون  
مثل وزن الدين بأن كان عشرة او اما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية واما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثني  
عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والاكسار فان كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فان كانت قيمته  
مثل وزنه فهلك يهلك بالدين بلا خلاف لان في وزنه وقيمته وفاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه بغير يهلك بالدين  
على ما هو حكم الرهن عندنا وان انكسر وانتقص لا يجرى الرهن على الافتك بلا خلاف لانه لو افتكه اما أن يفتكه  
بجميع الدين واما أن يستقطش من الدين بمقالة التقصان لا سبيل الى الاول لان فيه ضرر بالراهن لقوات حقه عن  
الجودة والصناعة من غير عوض ولا سبيل الى الثاني لانه يؤدي الى الرابا لان الدين والرهن يستويان في الوزن  
والجودة لا قيمة لها شرعا عندنا بلتها بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون ابقاء عشرة بثمانية فتكون ربا فيتخير ان  
شاء افتكه بجميع الدين ورضي بالتقصان وان شاء ضمن المرمين قيمته بالغة ما بلغت فكانت رهنها مكانه ويصير القلب  
ملك للمرمين بالضمان وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين  
ويصير ملك المرمين يدينه (وجه) قول محمد ان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدى  
كقبض الغصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الجعل بالدين لانه قبض استيفاء وفي  
الجعل بالدين تقرير الاستيفاء (وجه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية جاء الاسلام  
وأبطله بقوله لا يعلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلا وبه تبين ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون  
حكم هذا التصرف وان حكمه ملك اليد والجنس لا ملك العين والرقبة (فاما) ضمان القيمة فيصالح حكمه في الجملة ألا  
ترى ان محمد يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما ذكرنا وان كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك  
يهلك بجميع الدين عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفي وزنه وفاء بالدين وعندهما لا  
يهلك بالدين ويضمن المرمين قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين (اما) ان يهلك بوزنه (واما)  
أن يهلك بقيمته لا سبيل الى الاول لان فيه ضرر بالراهن ولا وجه الى الثاني لانه يؤدي الى الرابا فيخير المرمين بين  
أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضم من قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهنها مكانه ولا في حنيفة رحمه الله ان  
قبض الرهن قبل استيفاء والجيد والردى في الاستيفاء على السواء لان استيفاء الزوف عن الجياد جائز عنده وان



انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افكته جميع الدين وان شاء ضمن المرتن قيمته من خلاف جنسه بالاجماع وليس له خيار الجعل بالدين هنا فلا خلاف (أما) على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف فلا يريان الجعل بالدين أصلاً ومحمد رحمه الله ان كان يرى ذلك لكن عند الامكان وههنا لا يمكن لانه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدي الى الضرر بالمرتن حيث يصير الرهن الذي قيمته ثمانية مشرة ولو جعل باعتبار القيمة يؤدي الى الربا فاستت الضرورة الى ضمان القيمة والله تعالى أعلم وان كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثني عشر فهلك بالدين عند أبي حنيفة اعتبار الوزن وكذلك عند محمد لأن الجودة هنا فضل فكان امانة بمنزلة الفضل في الوزن (أما) على قول أبي يوسف فتقيل يضمن المرتن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة وقيل يهلك بالدين عنده أيضاً لانه يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة وانما يعتبر الجودة في الانكسار وان انكسر فالراهن بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء افكته بالدين مع التقصان وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رجناً مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سواء كان التقصان الحاصل بالانكسار قدر درهمين بأن عادت قيمته الى أحد عشر أو قدر درهمين بأن عادت قيمته عشرة أو أكثر من ذلك بأن صارت قيمته ثمانية وعند أبي يوسف ان شاء افكته بالدين وان شاء ضمن المرتن قيمته خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه فتصير خمسة أسداس الرهن ملكاً للمرتن بالضمان وسدس الرهن مع خمسة أسداس القيمة رهناً بالدين لأن من أصله أن يجعل قدر التقصان الحاصل بالانكسار شائعاً في قدر الامانة والمضمون والقدر الذي في الامانة يذهب بغير شيء والقدر الذي في المضمون يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكاً له وعند محمد ينظر الى التقصان ان كان قدر درهمين أو درهمين لا ضمان على المرتن ويخير الراهن على الفكك وان زاد على ذلك بخير بين الفكك وبين الجعل بالدين كماله كانت قيمته وزنه سواء لان من أصله أنه يصرف التقصان الحاصل بالانكسار الى الجودة الزائدة الا اذا كثرت التقصان حتى عادت قيمته الى ثمانية فله أن يجعله بالدين ان شاء وان شاء افكته وقيل ان على قوله أنه أن يضمنه كما قال أبو حنيفة رحمه الله لما في الجعل بالدين من استقاط حته عن الجودة هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فاما اذا كان أقل من وزنه ثمانية فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افكته بالدين وان شاء ضمن المرتن قيمته من خلاف جنسه فكانت رهناً والقلب للمرتن بالضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ان شاء افكته بالدين وان شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وان كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك يهلك ثمانية في قول أبي حنيفة اعتبار الوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لا يبينان وان انكسر ضمن القيمة بالاجماع (أما) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلا يريان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلاً ورأساً ومحمد ان كان يجزله لكن بشرط انعدام الضرر في الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتن وان كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة وعندهما يضمن القيمة وان انكسر ان شاء افكته بالدين وان شاء ضمن القيمة بالاجماع ذكرنا وان كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر فهلك يهلك ثمانية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته وان انكسر فعند أبي حنيفة ان شاء افكته بالدين وان شاء ضمنه جميع القيمة وكانت قيمته رهناً والقلب ملكاً للمرتن وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون سدس القلب مع خمسة أسداس قيمته رهناً عنده بالدين وعند محمد يصرف التقصان الحاصل بالانكسار بالامانة ان قل التقصان بأن كان درهمه أو درهمين ويخير الراهن على الافتكك وان كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين الافتكك وبين الجعل بالدين هذا اذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية فاما اذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر فان كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر فهلك يستقط الدين والزيادة على الدين تملك امانة بخلاف وان انكسر ضمن خمسة أسداس في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد أنه أن يجعل خمسة أسداسه بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه

وأكثر من الدين ان كانت أحد عشر فهلك يستقط الدين بخمسة أسداسه والزيادة تملك امانة عند أبي حنيفة ولا رواية عنها في هذا الفصل وان انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة لانه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر اتمالك بالدين له فيه من الضرر وان كانت قيمته مثل مثل وزن الدين عشرة فهلك يهلك خمسة أسداس الدين عند أبي حنيفة لانه يعتبر الوزن وعندهما يضمن خمسة أسداسه ويرجع بخفضه وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما يفرم جميع القيمة ولا يمكن الجعل بالدين عند محمد لانه يؤدي الى الربا وان كانت قيمته أقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه وعندهما يفرم القيمة في الحالين وان كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة ثم في كل موضع ضمن المرتن بعض الثمن وهلك ذلك التدر بالضمان وصار شر يكافئ هذا شيوع طاري فعلي جواب ظاهر الرواية يقطع القلب فيكون الباقي مع التدر الذي غرم رهناً لان الشيوع يمنع من الرهن متارناً كان أوطاراً وعلى رواية أبي يوسف لا حاجة الى القطع لان الشيوع الطاري لا يمنع بقاء العقد على الصحة (وأما) الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لا يثبت للمرتن حق الحبس والراهن أن يسترده منه فان منعه حتى هلك يضمن مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لانه صار غاصباً يمنع والمضمون مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة وان لم يوجد المنع من المرتن حتى هلك الرهن في يده ذكر الكرخي رحمه الله انه يهلك امانة لان الرهن اذا لم يصح كان القبض قبض امانة لانه قبض باذن المالك فاشبهه قبض الوديعة وحكي القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ذكر في الجامع الكبير ان كل ما هو محل للرهن الصحيح فاذا رهنه رهناً فاسداً فهلك في يد المرتن يهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين وكل ما ليس بمحل للرهن الصحيح لا يكون مضموناً بالرهن الفاسد كالمدر وأما الولد وهذا يدل على ان الفاسد كان معنى في نفس المرهون لا يكون مضموناً بل يكون امانة وان كان الفاسد لمعنى في غيره يكون مضموناً (وجهه) ان المرهون مضمون بالقبض ولا فساد في القبض الا ان من شرط كون المقبوض مضموناً أن يكون مالا مطلقاً متقوماً كالمقبوض بالبيع الفاسد فان وجد الشرط يكون مضموناً والا فلا هذا الذي ذكرنا حكمه هلاك المرهون (وأما) حكم استهلاكه كفقول المرهون لا يخلو (أما) أن يكون من بني آدم كالعبد والامنة (وأما) ان كان من غير بني آدم من سائر الاموال فان كان من غير بني آدم فاستهلكه أجنبي ضمن قيمته ان كان مالا مثل ندمه مثله ان كان ماله مثل كماله يمكن مرهوناً والمرتهن هو الخصم في تضمينه وكان الضمان رهناً لانه بدل المرهون ثم ان كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه وان كان الدين لم يحل حبسه رهناً مكانه وكذلك لو استهلك المرتن لانه لو تلف مالا مملوكاً متقوماً بغير اذن مالكة فيضمن مثله أو قيمته كما لو تلفه أجنبي وكان رهناً مكانه وان استهلك الراهن فان كان الدين حلاً يطالب بالدين لا فائدة في المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وان كان لم يحل أخذ المرتن منه الضمان فأمسكه الى أن يحل الدين واذا كان في الرهن نماء كاللبن والولد فاستهلك المرتن أو الراهن أو أجنبي بان كان الرهن شاة قيمتها عشرة بعشرة غلبت أو ولدت فعليه ضمانه (أما) وجوب الضمان على الاجنبي والمرتهن فظاهر لان الزيادة ملك الراهن وان تلف مال مملوك للغير بغير اذنه بوجب الضمان (وأما) وجوبه على الراهن فلان المتلف وان كان مملوكاً لكن للمرتن فيه حق قوي فيلحق بالمالك في حق وجوب الضمان واذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهناً عند المرتن لانه بدل المرهون فيقوم مقامه فان هلك الضمان لا يستقط شيء من الدين لانه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الاصل والاصل لو هلك يهلك بغير شيء كذا البديل وان هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين لانها موهنة مقصودة فكانت مضمونة بالهلاك ويفتقر الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لان الزيادة تصير مقصودة بالهلاك فيصير لها حصتها من الدين هذا اذا كان الاستهلاك بغير اذن فاما اذا كان باذن بان قال الراهن للمرتن احلب الشاة فاحلبت



فهو حلال لك أو قال له كل هذا الحمل فحلب وشرب وأكل حل لذلك ولا ضمان عليه لأن الزيادة ملك الرهن فيصح  
أذنه بالاكل والشرب ولا يستقط شئ من دين المرتن حتى لو جاء الرهن بفنك الشاة ففكها بجميع الدين لأن انلاف  
المرتن باذن الرهن مضاف الى الرهن كأنه أتلفه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يستقط شئ من الدين وكان عليه  
ضمان المثل كذا هذا وان لم يفكها حتى هلك تملك حصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر  
قيمتها فان كان حصته الشاة يستقط وما كان حصته الزيادة يبقى ويخاطب الرهن بقضائه لأن فعل المرتن لم يكن  
مضافاً الى الرهن كان مضموناً عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصته من الدين فينظر الى قيمة الزيادة فان كان فيها  
خمسة كان فيها ثلث الدين وفي الشاة ثلثه فاذا هلك الشاة ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الرهن قضاؤه وكذلك  
لو استهلكه أجنبي باذن الرهن والمرتهن فالجواب فيه وفي المرتن اذا استهلكه باذن الرهن سواء وقد ذكرناه ولو  
استهلكه الرهن باذن المرتن لا شئ عليه لأن الضمان لوجب لوجب لحق المرتن لا لحق نفسه لأنه ملكه وقد أبطل  
المرتن حق نفسه بالأذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بأففة بماوية وبقيت الشاة رهناً بجميع  
الدين وان كان المرهون من بني آدم فبني عليه فجمل الكلام في جنابات الرهن انها ثلاثة أقسام جنابة غير الرهن على  
الرهن وجنابة الرهن على غير الرهن وجنابة الرهن على الرهن اما جنابة غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما ان كانت الجنابة  
في النفس واما ان كانت في مادي النفس وكل ذلك لا يخلو اما ان كان عمداً أو خطأ أو في معنى الخطأ والجاني لا يخلو اما ان  
كان حراً أو عبداً فان كانت في النفس عمداً أو جاني حراً فللرهن أن يقتص اذا اجتمع على الاقتصاص في قول أبي  
حنيفة وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمع عليه وعن أبي يوسف وايتان كذا ذكر الكرخي رحمه الله  
الاختلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يقتصاص على قاتله وان اجتمع عليه الرهن والمرتهن  
ولم يذكر الخلاف (وجه) قول محمد ان استيفاء القصاص لا بد له من ولي والولي هنا غير معلوم لأن ملك العين والرقبة  
للرهن وملك اليد والحبس للمرتن فكان العبد مضافاً الى الرهن من وجهه والى المرتن من وجهه فصارت للي  
مشتبه بمجهول وجهالة الولي تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب اذا قتل عمداً أنه لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه  
المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمداً أن لهما الاقتصاص اذا اجتمع عليه  
لأن هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف من كل وجه فكان الولي معلوماً  
فامكن القول بوجوب القصاص لهما على الشركة لاستوائهما في الملك (وجه) قول أبي حنيفة ان الملك للرهن من كل  
وجه وانما للمرتن حق الحبس فقط والملك سبب لثبوت الولاية فكان الولي معلوماً وكان ينبغي أن لا نتوقف ولاية  
الاستيفاء على رضا المرتن الا انه توقف لتعلق حقه به فاذا رضى فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لأن الملك فيه  
للمولى من وجهه وللمكاتب من وجهه فلم يكن الملك فيه ثابتاً للمولى مطلقاً ولا للمكاتب مطلقاً فأشبه الولي فامتنع  
الاستيفاء واذا اقتصر القاتل سقط الدين لأن العبد انما كان رهناً من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل لا الى بدل  
اذا القصاص لا يصلح بدلاً عن المالية فسقط القصاص كما لو هلك بنفسه هذا اذا اجتمع على القصاص (فاما) اذا  
اختلف لا يقتص القاتل لأنه لا سبيل الى اثبات الاقتصاص للمرتن لعدم ملك الرقبة ولا للرهن لأن في استيفائه  
ابطال حق المرتن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين وكانت  
القيمة رهناً ولو اختلفا بطل القاضي القصاص ثم قضى الرهن الدين فلاقتصاص لأن حق المرتن وان بطل بالفكك  
لكن بعد ما حكم القاضي ببطلان القصاص فلا يحتمل العود وان كانت الجنابة خطأ أو شبه عمداً فعلى عاقلة القاتل  
قيمتها في ثلاث سنين يقبضها المرتن فتكون رهناً للعبد وان كان مضموناً من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال  
على أصل أئمة ائمة ائمة الله حتى لا تزداد دية على دية الحر ولكنه مرهون من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فجاز  
أن تقوم قيمته مقامه وتكون رهناً عند المرتن ثم ان كان الرهن مؤجلاً كانت في يده الى حل الاجل واذا حل فان

كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان بقي فيها فضل ردد على الرهن وان كانت أقل من الدين استوفى  
منها من الدين بقدرها بالفضل أي برجع بالقيمة على الرهن وان كانت من خلاف جنس الدين حبسها في يده الى  
وقت الفكك وان كان الدين حلاً فحكم فيه وفيما اذا كان مؤجلاً حل سواء وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد في ضمان  
الاستهلاك يوم الاستهلاك وفي ضمان الرهن يوم القبض لأن ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك وضمان  
الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفاً فانتفعت قيمته  
فتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة واذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت  
هذه الدراهم رهناً بثلثها من الدين وسقط الباقي من الدين لأنه يصير مستوفياً كل الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من  
خمسمائة بخمسمائة لم يفد من الرهن باو هذا بخلاف ما اذا قتل عبد أقل قيمة منه فدفع به لأن الدفع لا يؤدي الى الرهن لأنه  
لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد ألا ترى انه لو باع جازواً كان لا يساوي به فلم يكن فيدر باو كذلك لو قتل المرتن  
بغرم قيمته وحكم فيه وفي الاجنبي سواء وقد ذكرناه ولو قتل الرهن فهاذا ما اذا كان الرهن من غير بني آدم سواء  
وقد ذكرناه فيما تقدم هذا اذا كان الجاني حراً (اما) اذا كان عبداً أو أمة يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالدية بقيمة  
المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالدفع رهن بجميع الدين وبغير الرهن  
على الافتكك بخلاف وان كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول ألفاً والدين ألف وقيمة  
المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضاً وبغير الرهن على الافتكك بجميع الدين كما كان يجب على افتكك العبد  
المقتول لو كان حياً بجميع الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان لم يكن قيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول  
فالرهن بالخيار ان شاء افتكك بجميع الدين وان شاء تركه للمرتن بدينه فحمد مر على أصله في الجعل بالدين عند  
تعذر الجبر على الافتكك وهنا تعذر ما يفيد من الضرر بالرهن ولا في حنيفة وأبي يوسف انه لم يدفع الثاني بالاول قام  
بمقام الاول لحاود ما بالاول كان رهناً بجميع الدين وكان يجب الرهن على الافتكك بجميع الدين فكذلك الثاني  
وكذلك لو كان العبد المرتن نقص في السعر حتى صار يساوي مائة درهم فقتله عبداً يساوي مائة درهم فدفع به فهو على  
الاختلاف هذا اذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما اذا اختار الدية فانه يدفعه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهناً عند  
المرتن ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حبسها رهناً حتى  
يستوفى جميع دينه وبغير الرهن على الافتكك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بخير الرهن بين الافتكك  
بجميع الدين وبين الترك للمرتن بالدين وقد مررت المسئلة هذا اذا كانت الجنابة في النفس فاما اذا كانت في مادي  
النفس فان كان الجاني حراً يجب ارشاه في ماله لا على عاقلة سواء كانت الجنابة خطأ أو عمداً (اما) الوجوب في ماله  
فلان العاقلة لا تعقل فيادون النفس (وأما) التسوية بين الخطأ والعمد فلا لأن القصاص لا يجري بين الحر والعبد فيما  
دون النفس فاستوى فيه العمد والخطأ في وجوب الارش فكان الارش رهناً مع العبد لأنه بدل جزء مرهون وان  
كان الجاني عبداً يخاطب مولا به بالدفع أو بالدية بارش الجنابة فان اختار الدية بالارش كان الارش مع الجاني عليه رهناً  
وان اختار الدفع يكون الجاني مع الجاني عليه رهناً والخصومة في ذلك كله الى المرتن لأن حق الحبس له والجاني فوت  
الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل القاتل فيقيمة مقامه رهناً هذا الذي ذكرناه حكم جنابة غير الرهن على  
الرهن (وأما) حكم جنابة الرهن على غير الرهن فجنابته لا يخلو اما ان كانت على بني آدم واما ان كانت على غير بني آدم  
من سائر الاموال فان كانت على بني آدم فلا يخلو اما ان كانت عمداً أو خطأ أو في معناه فان كانت عمداً  
يقتص منه كما اذا لم تكن رهناً لأن ملك الرهن لا يمنع وجوب القصاص الا يرى انه لا يمنع اذا لم يكن رهناً واذا لم يكن  
الملك مانعاً حق المرتن أولى لأنه دون الملك سواء قتل أجنبياً أو أجنبياً أو الرهن لأن القصاص ضمان الدم ولا حق  
للمولى في دمه بل هو أجنبي عنه وكذا المرتن من طريق الاولى اذا ثبت له الحق والحق دون الملك فصارت جنابته



على الرهن والمرهن في حق الفعاص وجنابته على الاجنبي سواء اذا قبل قصاصا سقط الدين لان هلا كما حصل في ضمان المرهن فسقط دينه كما اذا هلك بنفسه هذا اذا كانت جناسه عمدا (فاما) اذا كانت خطأ أو ملحقته بالخط فان كانت شبهة عمد أو كانت عمد السكن القائل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بان كان صبيا أو مجنوناً أو كانت جنابته فيادون النفس فانه يدفع أو يفدى لان هذه الجنائيات من العبيد والاماء نوجب الدفع أو القداء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين أو دونه نحو ان يكون قيمة العبد ألفا والدين ألفا أو كان الدين ألفا وقيمة العبد خمسمائة بخاطب المرهن أولا بالقداء لانه بالقداء يستبقى حق نفسه في الرهن يظهره عن الجنابة من غير أن يستطحق المرهن ولو بدى بالراهن وخوطب بالدفع أو القداء على ما هو حكم الشرع فربما يختار الدفع فيبطل حق المرهن ويستقط دينه فكانت البداءة بخاطب المرهن بالقداء أولى واذا قداء بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجنابة وصار كأنه لم يحن أصلا فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع شيء مما فدى على الرهن لانه فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فداه اجنبي ولانه بالقداء أصلح الرهن باختياره واستبقى حق نفسه فكان عاملا لنفسه بالقداء فلا يرجع على غيره وليس له أن يدفع لان الدفع يملك الرقبة وهو لا يملك رقبته وان أي الرهن أن يفدى بخاطب الرهن بالدفع أو القداء لان الأصل في الخطاب هو الرهن لان الملك له وانما يبدى بالمرهن بخاطب القداء صيانة لحقه فاذا أبي عاد الا امر الى الأصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين (اما) بطلان الرهن فلان العبد زال عن ملكه بالدفع الى خلف فخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال حصل بمعنى في ضمان المرهن فصار كأنه هلك في يده وكذلك ان اختار القداء لانه صار قاضيا بما فدى المرهن لان القداء على المرهن لحصول الجنابة في ضمانه الا انه لما أبي القداء والراهن محتاج الى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا بالقداء فكان مضطرا في القداء فلم يكن متبرعا فكان له أن يرجع على المرهن بما فدى وله على الرهن مثله فيصير قصاصا به واذا صار قاضيا دين المرهن بما فدى ينظر الى ما فدى والى قدر قيمة العبد والى الدين فان كان القداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقطت لدين كله وان كان القداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقطت من الدين بقدر القداء وحبس العبد رهنا بالباقي وان كان القداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط أكثر منها لانه لو هلك العبد لا يستقط من الدين أكثر من قيمته فكذا عند القداء وان كان العبد بمضنه مضمونا والبعض أمانة بان كانت قيمة العبد ألفين والدين ألفا فالقداء عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه أمانة فكان قداء نصف المضمون منه على المرهن وقداء نصف الأمانة على الرهن فيخاطبان جميعا بالدفع أو بالقداء والمعنى من خطاب الدفع في جانب المرهن الرضا بالدفع لا بفعل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خوطب بذلك (اما) ان اجتماعا على الدفع (واما) ان اجتماعا على القداء (واما) ان اختلافهما فاختار أحدهما الدفع والاخر القداء والحال لا يخلو اما ان يكونا حاضرين واما ان كان أحدهما غائبا فان كانا حاضرين واجتماعا على الدفع ودفعاً فقد سقط دين المرهن لان الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتماعا على القداء فدى كل واحد منهما بنصف الارش واذا فدى باطهرت رقبة العبد عن الجنابة ويكون رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى لان كل واحد منهما أدى ما عليه فكان مؤديا عن نفسه لا عن صاحبه وان اختلفا فأراد أحدهما القداء والاخر الدفع فأيهما اختار القداء فاختياره أولى (اما) المرهن فلانه بالقداء يستبقى حق نفسه ولا يستطحق حق الرهن والراهن بالدفع يستطحق حق المرهن فكان اختيار المرهن أولى وأما الرهن فلانه يستبقى ملك الرقبة بالقداء والمرهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وإبطال ملك الرهن فلم يكن له في اختيار الدفع شيء بل كان ستمها عضوا واعتبارا فلا يلتفت اليه فكان للرهن ان يفدى ثم أيهما اختار القداء فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الاخر دفعه ثم ينظر ان كان الذي اختار الدفع هو المرهن فتدى جميع الارش بقي العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجنابة بالقداء فصار كأنه لم يحن ويرجع المرهن على الرهن

بدينه وهل يرجع عليه بحصة الأمانة ذكر الكرخي فيه روايتين في رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفي رواية يرجع وذكر القاضي في شرحه مختصرا يطحاوي أنه لا يرجع الا بدنه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية (وجه) الرواية الاولى أنه التزم القداء باختياره مع قدرته على أن لا يلزم لانه لو يلزم لخوطب الرهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع (وجه) الرواية الاخرى أن المرهن محتاج الى إصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا بإصلاح قدر الأمانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا وان كان الذي اختار القداء هو الرهن فقداء بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا بنصف القداء دين المرهن ثم ينظر ان كان نصف القداء مثل كل الدين سقط الدين كله وان كان أقل منه سقط من الدين بقدره ويرجع بالفضل على الرهن ويحبسه رهنا به هذا اذا كانا حاضرين فاما اذا كان أحدهما حاضرا فليس له ولاية الدفع أيهما كان سواء كان المرهن أو الرهن أما المرهن فلا شك فيه لانه لا ملك له في العبد أصلا والدفع يملك فلا يتصور بدون الملك وأما الرهن فلان الدفع إسقاط حق المرهن وله ولاية القداء بجميع الارش فان كان الحاضر هو المرهن فقداء بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف القداء عند أي حنيفة وله أن يرجع على الرهن بدينه وبنصف القداء لكنه يحبس العبد رهنا بالدين وليس له أن يحبس رهنا بنصف القداء بعد قضاء الدين وعند أبي يوسف ومحمد كان المرهن متبرعا في نصف القداء فلا يرجع على الرهن الا بدنه خاصة كما لو فداه بحضرة الرهن فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعلاه متبرعا في الحالين جميعا وأبو حنيفة رضي الله عنه فرق بين حال الحضرة والغيبة فجعله متبرعا في الحضرة لا في الغيبة وان كان الحاضر هو الرهن فقداء بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف القداء بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف القداء دين المرهن كما لو فداه الرهن بحضرة المرهن وجه قولهما أن المرهن فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كما لو فداه اجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة كما في الغيبة ولا في حنيفة رضي الله عنه أنه في حال الحضرة التزم القداء باختياره مع امكان خطاب الرهن فكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة الغيبة وهو محتاج الى إصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا بإصلاح قدر الأمانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا هذا الذي ذكرنا حكم جنابة الرهن (فاما) حكم جنابة ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ فحكمه أنه لا فداء على المرهن وبخاطب المولى بالدفع أو القداء أما عدم وجوب القداء على المرهن فلا ن خطاب به فداء الرهن مع أنه ليس ملكه لحصول الجنابة من الرهن في ضمانه ولم يوجد في الولد لانه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك بغير شيء وأما خطاب المولى بالدفع أو القداء فلان الملك له فان دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شيء من الدين أما خروجه عن الرهن فلزوال ملك الرهن عنه فيخرج عن الرهن كما لو هلك وأما عدم سقوط شيء من الدين فلان الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف الام وان فدى فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الرهن الدفع فقال له المرهن أنا فدى فله ذلك لان الولد مرهون وان لم يكن مضمونا الا ترى أن الحكم الاصل للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان القداء منه أصلا حال الرهن فكان لذلك هذا اذا جنى الرهن على اجنبي فاما اذا جنى على الرهن أو على المرهن أما جنابته على نفس المرهن جنابة موجبة للمال أو على ماله فهدر لان العبد ملكه والمولى لا يحب له على عبده دين بخلاف جنابة العبد المعصوب على المعصوب منه أو على ماله على أصل أبي حنيفة رحمه الله أنها معتبرة لان المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت الغصب فتبين أن تلك الجنابة لم تكن جنابة العبد على مولاه وأما جنابته على نفس المرهن فهدر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد معتبرة يدفع أو يفدى أن رضي به المرهن ويبطل الدين وان قال المرهن لا أطلب الجنابة لما في الدفع أو القداء من سقوط حق فله ذلك وبطلت الجنابة والعبد رهن على حاله هكذا أطلق الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصرا يطحاوي وفصل فقال ان كان العبد كله مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان بعضه مضمونا وبعضه أمانة فجنابته معتبرة بالاتفاق فيقال للرهن ان شئت فادفع وان شئت فافده فان دفعه وقبل المرهن بطل الدين كله وصار العبد كله للرهن وان اختار القداء فنصف القداء على الرهن ونصفه على المرهن فاما



كان حصص المرتين بطل وما كان حصص الراهن يدرى والعبد رهن على حاله واختلافهم في جنابة الرهن على المرتين نظير اختلافهم في جنابته عند العصب على القاصب أنها مدر عند أي حنيفة وعندهما معتبرة (وجهه) قوطها أن هذه جنابة وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما إذا وردت على أجنبي وهذا لأن الأصل في الجنابات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة وهنا في اعتبار هذه الجنابة فائدة لأن موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو الوصول إلى ملك العبد وإن كان فيه سقوط دينه ولا يحنيفة أن هذه الجنابة وردت على غير المالك لكنها وجدت في ضمان المرتين فوردتها على غير المالك أن كان يقتضي أن تكون معتبرة فوجودها في ضمان المرتين يقتضي أن لا تعتبر لأنها توجب القداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من إيجاب الضمان عليه له وأنه محال فوقع الشك والاحتمال في اعتبارها فلا تعتبر هذا إذا جنى على نفس المرتين فلما إذا جنى على ماله فإن كانت قيمته والدين سواء وليس في قيمته فضل لجنابته هدر بالاجماع لأنه لا فائدة في اعتبار هذه الجنابة إذ ليس حكمها وجوب الدفع إلى المرتين بملكك بل تعلق الدين برقبته فلو بيع وأخذ منه لسقط دينه فلم يكن في اعتبار هذه الجنابة فائدة فلا تعتبر وإن كانت قيمته أكثر من الدين فمن أي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية تعتبر الجنابة في قدر الأمانة وفي رواية لا يثبت حكم الجنابة أصلا وجه الرواية الأولى أن المانع من الاعتبار كون العبد في ضمان المرتين وقدر الأمانة وهو الفضل على الدين ليس في ضمانه فامكن اعتبار الجنابة في ذلك القدر فلم يزم اعتبارها وجه الرواية الأخرى أن ذلك القدر وإن لم يكن مضمونا فهو في حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار وأما جنابة الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتين فلا شك أنها معتبرة لأن المانع من الاعتبار في حق الراهن هو كون العبد مملوكا له وفي حق المرتين كونه في ضمانه ولم يوجد شيء من ذلك هنا فكانت جنابته عليه وعلى الأجنبي سواء هذا الذي ذكرنا حكم جنابة الرهن على بني آدم وأما حكم جنابته على سائر الأموال بأن استهلك مالا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جنابة غير الرهن سواء وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه إلا إذا قضى الراهن أو المرتين دينه فاذا قضاه أحداهما فالحكم فيه والحكم بما ذكرنا من القداء من جنابته على بني آدم سواء وهو أنه إن قضى المرتين الدين بقي دينه وبقي العبد رهننا على حاله لأنه بالقداء استغرق رقبته العبد عن الدين واستصفاها عنه فبقي العبد رهننا بدينه كما كان لو فاد عن الجنابة وإن أبي المرتين أن يقتضي وقضاء الراهن بطل دين المرتين لما ذكرنا في القداء من الجنابة فإن امتنع عن قضاء دينه يباع العبد بالدين ويقتضي دين الغريم من ثمنه لأن دين العبد مقدم على حق المرتين ألا ترى أنه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتين أولى لأنه دونته ثم إذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو أما أن يكون فيه وفاء بدين الغريم وأما أن لم يكن فيه وفاء به فإن كان فيه وفاء بدينه فدينه لا يخلو أما أن يكون مثل دين المرتين وأما أن يكون أكثر منه وأما أن يكون أقل منه فإن كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتين كله لأن العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجدي ضمان المرتين فصار كانه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لأنه بدل ملكه لا حق لاحد فيه فيكون له خاصة وإن كان أقل منه سقط من دين المرتين بقدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهننا عند المرتين بما بقي لأنه لا دين فيه فيبقى رهننا ثم إن كان الدين قد حل أخذه بدينه أن كان من جنس حقه وإن كان من خلاف جنس حقه أمسكه إلى أن يستوفي حقه وإن كان الدين لم يحل أمسكه بما بقي من دينه إلى أن يحل هذا إذا كان كل العبد مضمونا بالدين فلما إذا كان نصفه مضمونا ونصفه أمانة لا يصرف الفاضل كله إلى المرتين بل يصرف نصفه إلى المرتين ونصفه إلى الراهن لأن قدر الأمانة لا دين فيه فيصرف ذلك إلى الراهن وكذلك إن كان قدر المضمون منه والأمانة على التفاضل يصرف الفضل إليهما على قدر تفاوت المضمون والأمانة في ذلك لما قلنا وإن لم يكن في ثمن العبد وفاء بدين الغريم أخذ الغريم ثمنه وما بقي من دينه يتأخر إلى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لأنه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحداهما وجد منه وحكمه تعلق الدين برقبته واستيفاء الدين منها فإذا لم تغرق رقبته بالدين يتأخر ما بقي إلى ما بعد العتاق وإذا أعتق وأدى الباقي لا يرجع بما أدى

على أحد لانه وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جنابة ولد الرهن على سائر الأموال وحكم جنابة الام سواء في أنه يتعلق الدين برقبته كما في الام لأن هنا لا يخاطب المرتين بقضاء دين الغريم لأن سبب وجوب الدين لم يوجد في ضمان المرتين ولأن الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين أن يبيع الولد بالدين وبين أن يستخلفه بقضاء الدين فإن قضى الدين بقي الولد رهننا كما كان وإن يبيع بالدين لا يسقط شيء من دين المرتين لأنه ليس بمضمون بخلاف الام هذا الذي ذكرنا حكم جنابة غير الرهن على الرهن وحكم جنابة الرهن على غير الرهن فاما حكم جنابة الرهن على الرهن فنقول وبالله التوفيق جنابة الرهن على الرهن نوعان جنابة على الرهن نفسه وجنابة على جنسه أما جنابته على نفسه فهي والهلاك بأقساهما وبسواء تم بغير أن كان العبد كله مضمونا سقط من الدين بقدر التقصان وإن كان بعضه مضمونا وبعضه أمانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون من الأمانة وأما جنابة الرهن على نفسه فعلى ضرر بين أيضا جنابة بني آدم على جنسه وجنابة البهيمة على جنسها وعلى غير جنسها أما جنابة بني آدم على جنسه بان كان الرهن عبيدين فجنى أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلوا ما كان رهننا في صفقة واحدة وأما أن كان رهننا في صفتين فإن كانا رهننا في صفقة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه فجنابته لا يخلو من أربعة أقسام جنابة المشغول على المشغول وجنابة المشغول على الفارغ وجنابة الفارغ على الفارغ وجنابة الفارغ على المشغول والكل هدر إلا واحدة وهي جنابة الفارغ على المشغول فأنها معتبرة ويتحول ما في المشغول من الدين إلى الفارغ ويكون رهننا مكانه أما جنابة المشغول على المشغول فلأنها لو اعتبرت أما أن تعتبر لحق المولى أعني الراهن وأما أن تعتبر لحق المرتين والاعتبار لحق الرهن لا سبيل إليه في التصول كلها لأن كل واحد منهما مملوك وجنابة المملوك على المملوك ساقطة الاعتبار لحق المالك لأن اعتبارها في حقه لوجوب الدفع عليه أو القداء له وإيجاب شيء على الإنسان لنفسه ممنوع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل إلى اعتبار جنابة المشغول على المشغول لحق المرتين لأن الاعتبار لحقه يتحول ما في الجاني عليه من الدين إلى الجاني والمشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه لا يشتغل بغيره وكذلك جنابة المشغول على الفارغ لما قلنا وأما جنابة الفارغ على الفارغ فلا تدين الفارغ ليتحول إلى الجاني فلا ينفذ اعتبارها في حقه وأما جنابة الفارغ على المشغول فمكن الاعتبار لحق يتحول ما فيه من الدين إلى الفارغ وبيان هذه الجملة في مسائل إذا كان الدين ألفين والرهن عبيدين يساوي كل واحد منهما ألفا فقتل أحدهما صاحبه أو جنى عليه جنابة فيادون النفس مما قل أرشها أو أكثر فجنابته هدر ويسقط الدين الذي كان في الجاني عليه بقدره ولا يتحول قدر ما سقط إلى الجاني لأن كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجنابة المشغول على المشغول هدر فجعل كان الجاني عليه هلك بأقساهما ولو كان الدين ألفا فقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهننا بسبع مائة وخمسين لأن في كل واحد منهما من الدين خمسمائة فكان نصف كل واحد منهما فارغا ونصفه مشغولا فاذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف المشغول والنصف الفارغ من الجاني عليه وجنابة قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه شيء من الدين ولا يتحول إلى الجاني وجنابة قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه إلى الجاني وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسمائة فيبقى رهننا بسبع مائة وخمسين ولو قتل أحدهما عين صاحبه تحول نصف ما كان من الدين في العين إلى الباقي فيصير الباقي رهننا بسبع مائة وخمسة وعشرين وبقى المفقوء عينه رهننا بمائتين وخمسين لأن العبد اتفاق جنى على نصف العبد الآخر لأن العين من الأدمى نصفه إلا أن ذلك النصف نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ من الدين والفاق جنى على النصف المشغول والفارغ جميعا والفاق نصفه مشغول ونصفه فارغ إلا أن جنابة المشغول على قدر المشغول والفارغ وجنابة الفارغ على قدر الفارغ والمشغول فقد رجنابة الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين إلى الفاق وذلك مائة وخمسة



وعشرون وقد كان في القاق خمسة فيصير القاق رهنا بمائة وخمسة وعشرين وبقى المقبوض عشرين رهنا  
 وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم وان كان العبدان رهنا في دينين فان كان  
 فيهما فضل على الدين بان كان الدين القاق وقدر كل واحد منهما القاق فقتل أحدهما الا آخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف  
 الفصل الاول لان الصفة اذا تفرقت صارت بمنزلة مالو رهن كل واحد منهما رجلا على حدة حتى أحدهما  
 على الاخر وهناك ثبت حكم الجناية كذا ههنا بخلاف ما اذا اتحدت الصفة واذا اعتبرت الجناية ههنا بخلاف  
 الرهن والمرتهن فان شا أحصا القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان في القاتل من الدين وان شا أقدي القاتل بقيمة  
 المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما فضل على الدين بان كان الدين القين  
 وقيمة كل واحد منهما القاق فقتل أحدهما الا آخر فان دفعاه في الجناية قام المدفوع مقام المقتول وبطل الدين  
 الذي كان في القاتل وان قالا قدى فالفداء يترك على المرتين بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما ليس  
 بمضمون كله بل بعضه وهنا كل واحد منهما مضمون كله فاذا حل الدين دفع الرهن القاق وأخذ عبده وكانت  
 الالف الاخرى قصاصا بهذه الالف اذا كان مثله ولو قتا أحدهما عين الاخر قيل لها فدفعه أو فدياه فان  
 دفعه بطل ما كان فيه من الدين وان فدياه كان الفداء عليهما نصفين وكان الفداء رهنا مع المقبوض عينه لان الجناية  
 معتبرة لما ذكرنا فصار كعبدان رهن اذا جنى على عبد أجنبي فان قال المرتن أنا لا أفدي ولكني أدع الرهن على حاله  
 فله ذلك وكان القاق رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المقبوض من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق  
 المرتن لا لحق الراهن فاذا رضى المرتن بهدر الجناية صار هدر ا وان قال الراهن أنا أفدي وقال المرتن لا أفدي كان  
 للراهن أن يفديه وهذا اذا طلب المرتن حكم الجناية لانه اذا طلب حكم الجناية فكيف التخيير وان أبى الراهن الفداء  
 وقال المرتن أنا أفدي والراهن حاضر أو غائب فهو على ما بينا في العبد الواحد (وأما) جناية البهيمة على جنسها فهي  
 هدر لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال جرح العجماء جبار أي هدر والعجماء البهيمة والجناية اذا  
 هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك بأقمة سواء وكذلك جنايتها على خلاف جنسها هدر  
 لعموم الحديث وأما جناية بني آدم عليها فكيفها وحكم جنايتها على سائر الاموال سواء وقد بينا ذلك

فصل ١٠ وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه رهونا وبطل به عقد الرهن وما لا يخرج ولا يبطل فتقول  
 وبالله التوفيق يخرج المرهون عن كونه رهونا وبطل الرهن بالاقالة لانها فسخ العقد ونقضه والشيء لا يبقى مع  
 ما ينقضه الا أنه لا يبطله بنفس الاقالة من العاقدين ما لم يرد المرتن الرهن على الراهن بعد الاقالة حتى كان للمرتن  
 حبسه بعد الاقالة لان العقد لا يعتد به في الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا وفسخه بالرد وعلى هذا  
 يخرج ما اذا رهن عبدا يساوي القاق بلف قبضه المرتن ثم جاء الراهن بخارية وقال للمرتن خذها مكان الاولى ورد  
 العبد الى لا شك ان هذا جائز لان هذا اقالة العقد في الاول وانشاء العقد في الثاني وهما يملكان ذلك الا أنه لا يخرج  
 الاول عن ضمان الرهن الا بالرد على الراهن حتى لو هلك في يده قبل الرد بهلك بالدين لما ذكرنا أن القبض في هذا الباب  
 يجري مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم التسخ بدون قبض وكذا لا يدخل الثاني في الضمان الا  
 رد الاول حتى لو هلك الثاني في يده قبل رد الاول بهلك لان الراهن لم يرض برهنينهما على الجميع وانما رضى برهن  
 أحدهما حيث رهن الثاني وطلب رد الاول والاو كان مضمونا بالقبض فما لم يخرج عن كونه مضمونا ببعض  
 القبض فيه لا يدخل الثاني في الضمان ولو هلكا جميعا في يد المرتن فستط الدين بهلاك العبد وهلك الجارية غير  
 شيء لانها أمانة هلك في يده فهلك هلاك الامانات ولو قبض الراهن العبد وسلم الجارية خرج عن الضمان لانه  
 خرج عن كونه رهونا وصارت الجارية مضمونة حتى لو هلكت بهلك بالدين لانه رهنها بالدين الذي كان العبد  
 رهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بالالف وقيمة

الجارية الف قبلت هلك بالالف لانه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهنا ابتداء الا أن شرط كونه مضمونا  
 رد الاول لانه لم يرض برهنينهما الا أن يكون الثاني بدل الاول بل هو مضمون بنفسه في كونه رهنا فكان المضمون  
 قدر قيمته لا قدر قيمة الاول ولو كان العبد يساوي القاق والجارية تساوي خمسمائة فرد العبد على الراهن وقبض  
 الجارية بقي رهن بالالف ولكل من هلك هلك بماله كخمسائة لم ذكرنا ان الثاني أصل بنفسه لانه رهنا بعقد  
 على حدة فيعتبر في الضمان قدر قيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك في يد المرتن بعد ما استوفى دينه فعليه رد  
 ما استوفى ويخرج بالبراءة عن الدين عند انحبابه الثلاثة رحمهم الله وبطل الرهن خلافا لغيره والمسئلة مرت في  
 مواضع أخرى من هذا الكتاب ولا يخرج بالاغارة ويخرج بالاجارة بان أجره الراهن من أجنبي باذن المرتن أو  
 المرتن باذن الراهن أو استأجره المرتن وبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة  
 والصدقة اذا فعل أحدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بان باعه الراهن أو المرتن باذن الراهن أو باعه العبد لان  
 ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لانه زال الى خلف وهو انفق العقد عليه وكذا في كل  
 موضع خرج واختلف بدلا ويخرج بالاغتيا اذا كان المقتنق موسرا بالاغتيا وان كان معسرا فكذا عندنا  
 وعند الشافعي رحمه الله لا يخرج بناء على ان الاغتيا نافذ عندنا وعندنا لا ينفذ (وجه) قوله ان هذا اعتاق تضمن  
 ابطال حق المرتن ولا شك انه تضمن ابطال حقه لان حقه متعلق بالرهن وبطل بالاغتيا وعصمة حقه تمنع من  
 الابطال ولهذا لا ينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف ما اذا كان الراهن موسرا لان هناك لم يوجد الا بطل لانه يمكن  
 الوصول الى دينه للحال من جهة الراهن (ولنا) ان اعتاقه صادف موقفا هو مملوك كرقبة فينفذ كاعتاقه الا بقي  
 والمستاجر ودلالة الوصف ظاهر لان المرهون مملوك للراهن عينه ورقبة ان لم يكن مملوكا كيد او حبسا وملك الرقبة  
 يكفي لتفاد الاعتاق كافي اعتاق العبد المستاجر والا بقي وقوله يبطل حق المرتن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك  
 الراهن وهذا لا يمنع التفاد كافي موضع الاجماع مع ما ان الثالث الراد حقيقته الملك والثابت للمرتن حق الحبس  
 ولا شك ان اعتبار الحقيقة أولى لانها أقوى بخلاف البيع لان فاداه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد جميعا لان القدرة  
 على تسليم المبيع شرط فاداه ولم يوجد في المرهون لانه في يد المرتن فاذا نفذ اعتاقه خرج العبد عن أن يكون رهونا  
 لانه صار حر من كل وجه والحر من وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجه أولى ولهذا لم يصلح رهنا  
 في حالة الابتداء فكذا في حالة البقاء ثم ينظر ان كان الراهن موسرا والدين حال بخير الراهن على قضائه لانه لا معنى  
 لايجاب الضمان وكذلك ان كان الدين مؤجلا وقد حل الاجل وان كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد وأخذه  
 المرتن رضامكانه ولا سعاية على العبد أما وجوب الضمان على الراهن فلا نه أبطل على المرتن حقه حقا قويا هو في  
 معنى الملك أو هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من ماله من وجه فجاز أن يكون مضمونا بالاغتيا وأما  
 كونه رهنا فلا نه بدل العبد وفي الحقيقة بدل ماله فيقوم مقامه واذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من جنس  
 الدين يستوفي منها دينه فان كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن وان كانت قيمته أقل من الدين  
 يرجع بفضل الدين على الراهن وان كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفي دينه (وأما)  
 عدم وجوب السعاية على العبد فلا نه لم يوجد منه بسبب وجوب الضمان وهو الاغتيا لان الاغتيا وجد من الراهن  
 لا من العبد ومؤاخاة الانسان بالضمان من غير مباشرة بسبب منه خلاف الاصل وكذلك لو كان الراهن موسرا  
 وقت الاعتاق ثم أعسر بعد ذلك لان العبرة بوقت الاعتاق لانه وقت مباشرة بسبب وجوب الضمان وان كان معسرا  
 فالمرتن أن يرجع بدينه على الراهن ان شاء وان شاء استنسى العبد في الاقل من قيمته ومن الدين ويعتبر في العبد أيضا  
 أقل قيمته وقت الرهن ووقت الاعتاق ويسمى في الاقل منهما ومن الدين حتى لو كان الدين القين وقيمة العبد وقت  
 الرهن ألفا فازدادت قيمته في يد المرتن حتى صارت تساوي ألفين ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد في ألف قدر



قيمته وقت الرهن ولو انتقصت قيمته حتى صار يساوي خمسمائة سمي في خمسمائة قدر قيمته وقت الاعتاق (أما)  
اختيار الرجوع على الراهن فلا نه أطل حقه بالاعتاق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا  
العبد مملوك للرهن من وجهه لانه صار مستوفيا لدينه من ماله فذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتسبة  
عند العبد فوصلت الى العبد بالانقلاب مالية مشغولة بحق المرهن فكان للمرهن أن يستخرجها منه ولا يمكنه ذلك  
الا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان الدين في الحقيقة على الراهن وانما العبد جعل محلا  
لاستيفاء الدين منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على ماهو موضوع الرهن في الشرع ان الراهن يؤمر بقضاء الدين  
وعند التعذر يستوفى من الرهن كما قبل الاعتاق والتعذر عند اسرار الراهن لا عند يساره فيسعى في حال الاعسار لاني  
حال اليسار وبخلاف العبد المشتري قبل القبض اذا أعتقه المشتري وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد  
بقدر الثمن وان كان محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خرج عين ملك البائع من  
كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوك للبائع عند العبد وانما للبائع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن محمية الحبس  
بالاعتاق بطل حق الحبس أصلا وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن فحسب أمهنا فبخلافه (وأما) السعاية في  
الاقبل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوك للرهن من وجهه محتسبة عند  
العبد فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ثم اذا سمي العبد يرجع بماسعى على الراهن لانه قضى دين الراهن من خالص  
ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع أوجب عليه السعاية والقاضي ألزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال  
نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالوارث اذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقي  
بعد السعاية شيء من الدين يرجع المرهن بذلك على الراهن ولو نقص العبد في السعر قبل الاعتاق بان كان الدين ألفا  
وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فنقص في السعر حتى عادت قيمة الى خمسمائة ثم أعتقه الراهن وهو معسر سمي في قدر  
قيمته وقت الاعتاق وهو خمسمائة فللمرهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لانه لم يصل اليه من حقه الا قدر  
خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقي ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبيد يساوي مائة درهم فدفع مكانه فاعتقه  
الراهن وهو معسر سمي في قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرهن على الراهن بتسعمائة لانه لما  
دفع به فقد قام مقام الاول لحماؤه ما فصار رهنا بجميع المال كان الاول قائم وتراجع سعره الى مائة فاعتقه الراهن وهو  
معسر ولو كان كذلك لسعى في قيمته وقت الاعتاق مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن وكان للمرهن أن يرجع  
ببينة دينه على الراهن كذا هذا ولو كان الرهن جارية تساوي ألفا بالف فولدت ولدا يساوي ألفا فاعتقها المولى وهو  
معسر سعي في ألف لان الضمان فيها ألف ولو لم تلد ولكن قتلها عبيد قيمته ألفان فدفع بها ثم أعتقه المولى سعى في ألف  
درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحماؤه ما وهي كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى  
لعبد رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة  
رضي الله عنهم وقال زفر رحمه الله القول قول العبد ولا سعاية عليه (وجه) قوله ان المولى بهذا الاقرار يريد الزام السعاية  
على العبد وقوله في الزام السعاية عليه غير مقبول كالأقر عليه بذلك بعد الاعتاق (ولنا) انه أقر بما يملك انشاءه عليه للحال  
لثبوت الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت الى تكذيب العبد بخلاف ما بعد  
الاعتاق لانه هناك أقر بما لا يملك للحال انشاءه والملك الولاية بالاعتاق هذا اذا أعتقه فاما اذا دبره فيجوز  
تدبيره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدبير فلا نه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة قائم بعد  
الرهن (وأما) خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كونه المرهون مالا مطلقا شرط جواز الرهن على  
ما بيننا فقدم والتدبير يخرج من أن يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتداء فكذا في  
حالة البقاء وهل يسعى للمرهن لا بخلاف في أن الراهن اذا كان معسرا يسعى (وأما) اذا كان موسرا ذكر الكرخي

رحم الله انه يسعى وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يسعى وسوى بين المرهن وبين الاعتاق وهو ان  
الدين ان كان حالا أخذ المرهن جميع دينه من الراهن وان كان مؤجلا أخذ قيمة العبد من الراهن ويكون رهنا  
مكانه كافي الاعتاق (وجه) ما ذكره الكرخي ان الدين على المولى ويكسب المدبر ملك المولى لانه بالتدبير لم  
يخرج عن ملك المولى فكانت سعاية مال المولى فكان صرف السعاية الى المرهن قضاء دين المولى من مال المولى  
فيستوى فيه حال الاسعار واليسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب الحر من كل وجه وكسب الحر من كل  
وجه ملكه فكانت السعاية ملكه والاصل أن لا يؤمر الانسان بقضاء دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن  
القضاء بنفسه فيتقيد بحال العجز وهي حالة الاعسار (وجه) ما ذكره القاضي أن السعاية وان كانت ملك المولى لكن  
لا صنع للعبد في الكتابة بسبب وجوبها اذا صنع له في التدبير بل هو فعل المولى ومهما أمكن انجاب الضمان على من  
وجد منه مباشرة بسبب وجوبه كان أولى من انجابه على من لا صنع فيه أصلا ورأسا فاذا كان المولى معسرا كان  
الامكان ثابتا فلا معنى لا انجاب السعاية على العبد ثم اذا سعى في حالة الاعسار يسعى في جميع الدين بالقاما بلغ لان  
السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرهن استيفاء الدين من مال المولى فكان له أن يستوفيه بتمامه سواء كان  
الدين حالا أو مؤجلا فلما قلنا ان الدين كان حالا فكذلك فاما اذا كان مؤجلا فلا يسعى الا في قدر قيمته ويكون  
رهنا مكانه وهكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي (ووجه) الفرق على هذا القول ان الدين اذا كان حالا  
كان واجب القضاء للحال على سبيل التضيق وهذا مال المولى فيقتضى منه دينه على الكمال واذا كان مؤجلا لا يجب  
قضاؤه للحال أصلا ولا يجب على سبيل التضيق الا أن الراهن بالتدبير فوت حق المرهن فتجب اعادة حقه اليه  
بموضع يقوم مقامه جبر القائن فيتقدر الجائر بقدر القائن فيستسعيه بقدر قيمته ويكون رهنا مكانه ولا يرجع المدبر  
بما يسعى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق في موضعين (أحدهما) ان المدبر يسعى في جميع  
الدين بالقاما بلغ ولا ينظر الى القيمة والمعتق يسعى في الاقل من قيمته ومن الدين والثاني ان المدبر لا يرجع بما يسعى على  
المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهو ان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه اذا القائن  
بالتدبير ليس الا منفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع  
بما يسعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعاية ملكه على  
الخصوص لانه حر خالص الا أنه لزمته السعاية لاستخراج ملك المرهن من وجهه المحتبس عنده وهو مال فتقدر  
السعاية بقدر الاحتباس ويرجع بالسعاية على المولى اذا كان معسرا لانه قضى دينه واجبا عليه من مال نفسه مضطرا  
فيملك الرجوع في الشرع على ما بيننا بخلاف المدبر والله أعلم وعلى ما ذكره الكرخي رحمه الله يقع الفرق بينهما في موضع  
ثالث أيضا وهو ان المدبر يسعى مع اسرار المولى والمعتق لا يسعى مع اساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا اذا اعتق او  
دبر فاما اذا استولد بان كان الرهن جارية فخلت عند المرهن فادعاه الراهن فدعواه لا يخلو اما ان كانت قبل وضع الحمل  
واما ان كانت بعده فان كانت قبل وضع الحمل حلت دعوته ويثبت نسب الولد منه وصارت الجارية أم ولد له  
وخرجت عن الرهن (أما) حجة الدعوة فلان الجارية ملكه من كل وجه والملك من وجه يكفي لصحة الدعوة فالملك من  
كل وجه أولى وثبوت النسب حكم حجة الدعوة وصيرة الجارية أم ولد له حكم ثبوت النسب وخروج الجارية عن  
الرهن حكم الاستيلاء وهو صيرورتها أم ولد له لان أم الولد لا تصلح للمرهن ألا ترى انها لا تصلح رهنا ابتداء فكذا  
في حال البقاء ولا سعاية على الولد لانه صار حرأقبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية  
لحكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان كانت الجارية موضوعة للحمل ثم ادعى الراهن الولد تحت  
دعوته وثبت النسب وصار حر او صارت الجارية أم ولد له وخرجت من الرهن لما ذكرنا في الفصل الاول الا أن هنا  
صار الولد حرا بعد ما دخل في الرهن وصارت له حصصة من الرهن فيقسم الدين عليها على قدر قيمتها الا أن قيمة



الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوى فيكون حكم الجارية في حصصها من الدين حكم الدين في جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الوالد في حصصه من الدين حكم المقتضى في جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك الآن هناك ينظر الى ثلاثة أشياء الى قيمة العبد وقت الرهن والى قيمته وقت الاعتاق والى الدين فيسمى في الأقل من الأشياء الثلاثة وهما ينظر فقط الى قيمة الولد وقت الدعوى والى حصصه من الدين فيسمى في أقلها إذا كان الرهن معسراً أو يرجع بنا سمي عليه

﴿فصل﴾ (وأما) حكم اختلاف الرهن والمرتهن والعدل فتقول وبالله التوفيق إذا كان الدين ألف درهم فختلف الرهن والمرتهن في قدر المهرهون به فقال الرهن انه رهن بخمسمائة وقال المرتهن بألف فالقول قول الرهن مع يمينه لأن المرتهن يدعى على الرهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن لأنها ثبتت زيادة ضمان ولو قال الرهن رهنته بجميع الدين الذي لك على وهو ألف والرهن يساوى القائل وقال المرتهن ان رهنته خمسمائة والرهن قائم فقد روى عن أبي حنيفة إن القول قول الرهن ويتحالفان ويتزادان لانهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العتد وهو المهرهون به فاشبهه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وهما يتحالفان ويتزادان كذاهما فان هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لأن الرهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على أن الرهن كان بألف واختلفا في قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لأن الرهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب في مقدار الضمان فكذا هذا ولو أقام البينة فالبينة بينة الرهن لأنها ثبتت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلغا في قيمة الهالك أن القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الرهن في زيادة القيمة قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتي هذين الثوبين بألف درهم وقال الرهن رهنت أحدهما بعينه بخلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانهما اختلفا في قدر العتد وعليه وأنه يوجب التحالف كما في باب البيع ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الأصل لانها ثبتت زيادة ضمان ولو قال الرهن للمرتهن هلك الرهن في ذلك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في ذلك فالقول قول الرهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان والمرتهن يدعى البراءة والرهن ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة الرهن أيضاً لانها ثبتت استيفاء الدين وبينه المرتهن تنفي ذلك فالمثبتة أولى ولو قال المرتهن هلك في يد الرهن قبل أن أقبضه فالقول قوله لأن الرهن يدعى دخوله في الضمان وهو ينكر ولو أقام البينة فالبينة بينة الرهن لانها ثبتت الضمان ولو كان الرهن عبداً فاعور فاختلغا فقال الرهن كانت القيمة يوم الرهن ألفاً فذهب بالاعور رار النصف خمسمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وانما ازداد بعد ذلك فانما ذهب من حقي الربع مائتان وخمسون فالقول قول الرهن لأنه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهداً له وان أقام البينة فالبينة بينة الرهن أيضاً لانها ثبتت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن في يد عدل فباعه فاختلغا فقال الرهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع الى وصدق العدل الرهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لأن المهرهون خرج عن كونه مضموناً بنفسه بخروجه عن كونه رهناً بالمبيع وتحول الضمان الى الثمن فالرهن يدعى تحول زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقام البينة فالبينة بينة الرهن لانها ثبتت زيادة ضمان وبينه المرتهن تنفي تلك الزيادة فالمثبتة أولى لان اتفاقهما على الرهن اتفاقاً بينهما على الدخول في الضمان فالمرتهن يدعى البيع يدعى خروجه عن الضمان وتحول الضمان الى الثمن والرهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله عنه إذا كان الرهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى انه باعه بثمن وهو ألف فالقول قوله وان قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصارت كانه ضاع ولا يرجع على الرهن بالنقصان الى ان يحجى بيمينته أو يصدق له ما ذكرناه ان كان مضموناً فلا يقبل قوله في انتقال الضمان وكذلك العدل إذا قال بعته بتسعمائة ولا يعلم الا بقوله لم يكن على العدل الاتسعاء

ويكون الرهن رهنهات فيه ولا يرجع المرتهن على الرهن بالمثبة الماخلة لان قول العدل مقبول في براءة نفسه غير مقبول في إسقاط الضمان عن بعض ما يتعلق به ولا في الرجوع على الرهن وذكر في الأصل إذا كان المرتهن مسلطاً على البيع فأقام بينة انه باعه بتسعة وأقام الرهن بينة انه مات في يد المرتهن أخذ بينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ بينة الرهن (وجه) قوله ان بينة الرهن ثابت زيادة ضمان بنفسها بينة المرتهن فكانت المثبتة أولى (وجه) رواية الأصل ان بينة المرتهن ثبت أمر الم يكن وهو تحول الضمان من العين الى الثمن وبينه الرهن ثمر ضماناً كان ثابتاً قبل الموت فكانت المثبتة أولى والله تعالى أعلم

— — — — —

### ﴿كتاب المزارعة﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في معنى المزارعة لغة وشرعاً وفي بيان شرعيتها وفي بيان ركن المزارعة وفي بيان الشرائط المصححة للركن على قول من يحجز المزارعة والشرائط المنسدة لها وفي بيان حكم المزارعة الصحيحة وفي بيان حكم المزارعة الفاسدة وفي بيان المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة وفي بيان الذي ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجودها وفي بيان حكم المزارعة المنفسخة (أما) الأول فالمرارة في اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والانبات المضاف الى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عتيسه لا بتخليقه وإيجاده وفي عرف الشرع عبارة عن العتد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعة له شرعاً فان قيل المزارعة من باب المفاعلة فيمتضى وجود الفعل من اثنين كالمثابة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع بوجوده من العامل دون غيره بدليل انه يسمى هو مزارعاً ودون رب الأرض والبذر ومن لا عمل من جهته فكيف يسمى هذا العتد مزارعة فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل الا من واحد كالمداواة والمعالجة وان كان الفعل لا يوجد الا من الطبيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه قاتلهم الله أنى يؤفكون ولا أحد يتصد مقتاتاً الله عز شأنه فكذلك المزارعة جاز أن تكون كذلك والثاني ان كان أصل الباب ما ذكر فقد وجد الفعل هنا من اثنين لان المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعاً والانبات المتصور من العبد هو التسبب لحصول النبات وفعل التسبب يوجد من كل واحد منهما الا ان التسبب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتكليف من العمل باعطاء الآلات والأسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعاً حقيقة لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبب الا انه اختص العامل بهذا الاسم في عرف ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحوه على ما عرف في أصول الفقه

﴿فصل﴾ (وأما) شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وبه أخذ الشافعي رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها مشروعة (وجه) قولهما ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع نخلاً خير معاملة وأرضها مزارعة وأدى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هي شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير انكار (وجه) قول أبي حنيفة ان عقد المزارعة استئجار ببعض الخارج وأنه منهي بالنص والمعتول (أما) النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرافع بن خديج في حائط لا تستأجره بشئ منه وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان والاستئجار ببعض الخارج في معناه والمنهى غير مشروع (وأما) المعتول فهو ان الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحوه استئجار ببدل مجهول وأنه لا يجوز كما في الاجارة وبه تبين ان حديث خير محمول على الجزية دون المزارعة صيانة لدلائل الشرع عن التناقض والدليل على انه لا يمكن حمله على المزارعة انه عليه الصلاة والسلام قال فيه أفرم كما أفرم الله وهذا منه عليه الصلاة والسلام محبيل المدة وجهالة المدة منع صحة المزارعة بلا خلاف بقي ترك الانكار على التعامل وذاً يحتمل أن يكون للجواز ويحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال



**فصل** وأما ركز المزارعة فهو الإيجاب والقبول وهو أن يقول صاحب الأرض للعامل دفعت إليك هذه الأرض مزارعة بكذا أو يقول العامل قبلت أو رخصت أو ما يدل على قبوله ورضاه فإذا وجدتم العقد بينهما

**فصل** وأما الشرائط فهي في الأصل نوعان شرائط مصححة للعقد على قول من يحجز المزارعة وشرائط مفسدة له (أما) المصححة فأنواع بعضها يرجع إلى المزارع وبعضها يرجع إلى الزرع وبعضها يرجع إلى ما عتد عليه المزارعة وبعضها يرجع إلى الآلة للمزارعة وبعضها إلى الخارج وبعضها يرجع إلى المزرع وفيه وبعضها يرجع إلى مدة المزارعة (أما) الذي يرجع إلى المزارع فنوعان الأول أن يكون عاقلاً فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعة واحدة لأن العقل شرط أهلية التصرفات (وأما) البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى يجوز مزارعة الصبي المأذون دفعة واحدة لأن المزارعة استعجار ببعض الخارج والصبي المأذون يملك الاجارة لأنها تجارة فيملك المزارعة وكذلك الحرقة ليست بشرط لصحة المزارعة فتصح المزارعة من العبد المأذون دفعة واحدة المأذون كزافي الصبي المأذون والثاني أن لا يكون مرتداً على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قياس قول من أجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي موقوفة وعند هذا ليس بشرط لجواز المزارعة ومزارعة المرتد نافذة للحال بيان ذلك أنه إذا دفع المرتد أرضاً إلى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع فعمل الرجل وأخرجت الأرض زرعاً ثم قتل المرتد أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى بلحقه بدار الحرب فهذا على وجهين إما أن دفع الأرض والبذر جميعاً مزارعة أو دفع الأرض دون البذر فإن دفعهما جميعاً مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شيء لورثة المرتد لأن مزارعته كانت موقوفة فإذا مات أو لحق بدار الحرب تبين أنه لم يصح أصلاً فصارت الأرض للعامل زرع أرضه ببذر مغسوب ومن غصب من آخر حياو بذره أرضه فأخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لأنه مغسوب استهلكه وله مثله فيلزمه مثله ثم ينظر أن كانت الأرض تنقصها المزارعة فليبه ضمان النقصان لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه فيجب عليه الضمان ويتصدق بما وراء قدر البذر ونقصان الأرض لأنه حصل بسبب خيبت فكان سبيله التصديق وإن كانت لم ينقصها المزارعة فلا ضمان عليه لانعدام الاتلاف وإن أسلم فالخارج بينهما على الشرط سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لأنه لما أسلم تبين أن المزارعة وقعت صحيحة وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كيف ما كان لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما بمنزلة تصرفات المسلم فتكون حصته له فإن مات أو لحق بدار الحرب يكون لورثته وإن دفع إليه الأرض دون البذر فالخارج له أيضاً لأنه لما ظهر أنه لم يصح المزارعة صار كأنه غصب أرضه أو بذره ببذر نفسه فأخرجت ولو كان كذلك كان الخارج له كذا هذا إلا أنه يأخذ من ذلك قدر بذره ونفقته وضمان النقصان إن كانت المزارعة تنقصها ويتصدق بالفضل لما ذكرنا وإن كانت لم تنقصها بقياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قياس قول من أجاز المزارعة أن يكون الخارج كله للعامل ولا يلزمه نقصان الأرض ولا غيره وفي الاستحسان الخارج بين العامل وبين ورثة المرتد على الشرط (وجه) القياس ما ذكرناه يصير بمنزلة الغاصب ومن غصب من آخر أرضاً فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها المزارعة كان الخارج كله له ولا يلزمه شيء كذا هذا (وجه) الاستحسان إن انعدم حجة تصرف المرتد بعد الموت والخلق ليس لمكان انعدام أهليته لأن الردة لا تنافي لانعدام الأهلية بل لتعلق حق ورثته بماله لوجود أمارته الاستغناء بالردة لأن الظاهر أنه لا يسلم بل يقتل أو يلحق بدار الحرب فيستغنى عن ماله فيثبت التعلق بنظر الحم ونظرهم هنا في تصحيح التصرف لا في إبطاله ليصل اليهم شيء فأشبهه العبد المحجور وإذا أجز نفسه وسلم من العمل أنه لا يبطل تصرفه بل يصحح حتى تحب الاجارة لأن الحكم بطلان تصرفه لنظر المولى ونظره هنا في التصحيح دون الإبطال كذا هذا وإذا أسلم المرتد فالخارج على الشرط سواء أسلم قبل انقضاء المزارعة أو بعد انقضاءها تنقصت المزارعة الأرض أو لم تنقصها كما ذكرنا في الوجه الأول وعلى قولهما الخارج على الشرط كيف ما كان أسلم أو قتل أو لحق لأن تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المسلم هذا إذا

دفع مرتد أرضه مزارعة إلى مسلم فأما إذا دفع مسلم أرضه مزارعة إلى مرتد فهذا على وجهين أيضاً إما أن دفع الأرض والبذر جميعاً أو دفع الأرض دون البذر فإن دفعهما جميعاً مزارعة فعلم المرتد فأخرجت الأرض زرعاً كثيراً قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف لأن انعدام حجة تصرف المرتد لا يمنع رده بل لتضمنه إبطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر وعمل المرتد هنا ليس تصرفاً في ماله بل على نفسه بإفناء المانع ولا حق لورثته في نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور وإن دفع الأرض دون البذر فعلم المرتد ببذره وأخرجت الأرض زرعاً ففي قياس قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة أن الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الأرض لأن عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارعته فكان الخارج حاداً على ملكه لكونه نعمة ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهو أن هذا الخارج من أكساب رده وكسب الردة في عند أبي حنيفة فكيف يكون لورثته (والجواب) أنه حين بذر كان حق الورثة متعلقاً بالبذر لما مر من قبل فالخاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الأرض لأن ضمان النقصان يعتمد اتلاف مال الغير بغير إذنه ولم يوجد إذا المزارعة حصلت باذن المالك وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما إذا كان مسلماً المأذون كما وإن أسلم فالخارج على الشرط بلا خلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا هذا إذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم (فأما) إذا كانت بين مسلمين ثم ارتد أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بلا خلاف لأنه لما كان مسلماً وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا يبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارعتها فاعا واحد أبا لاجماع لأن تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها دفعة واحدة بمنزلة مزارعة المسلمة

**فصل** وأما الذي يرجع إلى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوماً بأن بين ما يزرع لأن حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد في الأرض ورب زرع ينقصها وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه إذا قل له أزرع فيها ماشئت فيجوز له أن يزرع فيها ماشاء لأنه لما فوض الأمر إليه فقد رضى بالضرر إلا أنه لا يملك الغرس لأن الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس

**فصل** وأما الذي يرجع إلى المزرع فهو أن يكون قابلاً لعمل المزارعة وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بيجري العادة لأن ماله يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل المزارعة حتى لو دفع أرضاً فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يحجز كذا قالوا لأن الزرع إذا استحصد لا يؤثر فيه عمل المزارعة بالزيادة فلا يكون قابلاً لعمل المزارعة

**فصل** وأما الذي يرجع إلى الخارج من الزرع فأنواع (منها) أن يكون مذكوراً في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لأن المزارعة استعجار والسكوت عن ذكر الاجارة يفسد الاجارة (ومنها) أن يكون لها حتى لو شرط أن يكون الخارج لا أحدهما يفسد العقد لأن معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعاً للشركة يكون مفسداً للعقد (ومنها) أن تكون حصصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرط أن يكون من غيره لا يصح العقد لأن المزارعة استعجار ببعض الخارج به تنفصل عن الاجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والربع ونحوه ولا ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الاجارة في الاجارات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزأً من الجسلة حتى لو شرط لأحدهما قتراناً معلومة لا يصح العقد لأن المزارعة فيها معنى الاجارة والشركة تنعقد اجارة ثم شركة (أما) معنى الاجارة فلا أن الاجارة تملك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لأن البذر إن كان من رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض وهو نعمة بذره وإن كان البذر من قبل العامل فرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض وهو نعمة بذره فكانت المزارعة استعجاراً للمال للعامل وأما الأرض لكن ببعض الخارج وأما معنى الشركة



فلأن الخارج يكون مشتركاً بينهما على الشرط المذكور وإذا ثبت أن معنى الاجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشترط  
قدر معلوم من الخارج ينفي لزوم معنى الشركة لاحتلال ان الارض لا يخرج زيادة على القدر المعلوم ولهذا اذا شرط في  
المضار بتمسك معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا اذا ذكر جزأنا او شرط مع زيادة فقرة معلومة انه  
لا يصح لما قلنا وعلى هذا اذا شرط أحدهما البذر لنفسه وأن يكون الباقي بينهما لا يصح المزارعة لجواز أن لا يخرج  
لارض الا قدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة ولأن هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له  
لا عين البذر لأن عينه تهلك في التراب وهذا لا يصح لما ذكرنا وهذا خلافاً للمضاربة لأن قدر رأس المال يرفع ويقسم  
الباقى على الشرط لأن المضاربة تقتضى الشركة في الربح لافي غيره ودفع رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح  
(فأما) المزارعة فتقتضى الشركة في كل الخارج واشترط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله فهو الفرق  
بين الفصلين وكذا اذا شرط ما على الماذيات والسواقي لا يصح العقد لأن ما على الماذيات والسواقي معلوم  
فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقد روي أنهم كانوا يشترون في عقد المزارعة لا أحدهما ما على الماذيات والسواقي  
فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية أبطله

**فصل** وأما الذي يرجع الى المزرع فيه وهو الارض فأشأنه أن تكون صالحة للزراعة حتى لو  
كانت سبخة أو نزهة لا يجوز العقد لأن المزارعة عقد استعجار لكن ببعض الخارج والارض السبخة والنزهة لا تجوز  
اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) اذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لعارض من  
انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها  
(ومنها) أن تكون معلومة فان كانت مجهولة لا تصح المزارعة لأنها تؤدي الى المنازعة ولودفع الارض مزارعة على  
أن يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعير فكذا يفسد العقد لأن المزرع فيه مجهول لأن كلمة من للتبعض  
فيقع على بعض الارض وأنه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعير لأن التبعض على  
التبعض تخصيص على التجهيل ولو قال على أن يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعير فكذا اجاز لانه  
جعل الارض كلها ظراً للزرع الحنطة أو لزرع الشعير فأنعدم التجهيل ولو قال على أن أزرع فيها بغير كراب فكذا  
ذكر في الاصل انه جائز وهذا مشكل لأن المزرع فيه من الارض مجهول فأشبهه ما اذا قال مازرع فيها حنطة فكذا  
وما يزرع فيها شعير فكذا أو منهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين الفصلين على وجه لم يتضح  
ولو قال على أنه أن يزرع حنطة فكذا أو أن يزرع شعيراً فكذا أو أن يزرع سمسماً فكذا أو يزرع كرمها فهو جائز لانعدام  
جهالة المزرع فيه وجهالة الزرع لئلا ليس بضائر لانه فوض الاختيار اليه فأي ذلك اختاره يتعين ذلك العقد باختياره  
فعلاً كما قلنا في الكفارات الثلاث ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعير اجاز لانه لو زرع الكل حنطة أو الكل  
شعيراً اجاز فاذا زرع البعض حنطة والبعض شعيراً أولى (ومنها) أن تكون الارض مسلمة الى العامل محلاً  
وهو أن يوجد من صاحب الارض التخلية بين الارض وبين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا يصح  
المزارعة لانعدام التخلية فكذا اذا شرط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعاً لما قلنا ولهذا لو شرط رب المال في عقد  
المضاربة العمل مع المضارب لا يصح المضاربة لانه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية كذا هذا  
وعلى هذا اذا دفع ارضاً وبذراً وقرأ على أن يزرع العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث ولرب الارض الثلث  
ولعبد الثلث فهو جائز على ما شرط لأن صاحب الارض صار مستأجراً للعامل ببعض الخارج الذي هو ثمن  
ملكه فصح وشرط العمل على عبده لا يكون شرطاً على نفسه لأن العبد المأذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن  
مولاه فيصير بمنزلة الاجنبى فلا يمنع تحقيق التخلية فلا يمنع الصحة ويكون نصيب العبد لمولاه وان كان البذر من  
العامل لا تصح المزارعة لانه يصير مستأجراً للارض والبقر والعبد ببعض الخارج الذي هو ثمن ملكه وهذا

لا يصح على ما ذكره ويكون الخارج له وعليه أجر مثل الارض والبقر والبسملان هذا حكم المزارعة الفاسدة على  
ما يدكر في موضعه وكذلك لو كان شرط عمل رب الارض مع ذلك كان له أيضاً أجر مثل عمله لأن هذا شرط مفسد  
للعقد والله أعلم

**فصل** وأما الذي يرجع الى ما عقد عليه المزارعة فهو أن يكون الموقوف عليه في باب المزارعة مقصوداً من حيث  
انها اجارة أحد أمرين إما منفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الارض وإما منفعة الارض بأن كان البذر من  
العامل لأن البذر اذا كان من قبل رب الارض يصير مستأجراً للعامل واذا كان من قبل العامل يصير مستأجراً  
للارض واذا اجتمعا في الاستعجار فسدت المزارعة فأما منفعة البقر فان حصلت تابعة تحت المزارعة وان جعلت  
مقصودة فسدت

**فصل** وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فنقول والله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون  
الارض والبذر والبقر والا لة من جانب والعمل من جانب وهذا جائز لأن صاحب الارض يصير مستأجراً للعامل  
لا غير ليعمل له في أرضه ببعض الخارج الذي هو ثمن ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض من جانب  
والباقي كله من جانب وهذا أيضاً جائز لأن العامل يصير مستأجراً للارض لا غير ببعض الخارج الذي هو ثمن ملكه  
وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض والبذر من جانب والبقر والا لة والعمل من جانب فهذا أيضاً جائز  
لأن هذا استعجار للعامل لا غير مقصوداً فأما البذر ففيه مستأجراً مقصوداً ولا يقابل به شيء من الاجرة بل هي نوايع  
للمعقود عليه وهو منفعة العامل لانه آلة للعمل فلا يقابل به شيء من العمل كمن استأجر خياطاً لثياباً بارة نفسه جاز ولا  
يقابل به شيء من الاجرة ولانه لما كان تابعاً للمعقود عليه فكان جازاً بما جرى الصفة للعمل كان العقد عقداً على عمل  
جيد والا وصال لا قسط لها من العوض فأمكن أن تنعقد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الارض وبين منفعة العامل  
(ومنها) أن تكون الارض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية وروى عن  
أبي يوسف انه يجوز (وجهه) قوله انه لو كان الارض والبذر من جانب وجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل  
فكذا اذا كان الارض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض (وجهه) ظاهر الرواية ان  
العامل هنا يصير مستأجراً للارض والبقر جميعاً مقصوداً ببعض الخارج لانه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لاختلاف  
جنس المنفعة لأن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فثبتت أصلاً بنفسها فكان هذا استعجاراً للبقر ببعض  
الخارج أصلاً ومقصوداً واستعجاراً للبقر مقصوداً ببعض الخارج لا يجوز لوجهين أحدهما ما ذكرنا أن المزارعة  
تنعقد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لانه  
يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الارض ومنفعة العامل والثاني أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالف للقياس لأن  
الاجرة معدومة وهي مع انعدامها مجهولة فيقتصر جوازها على المحل الذي ورد النص فيه وذلك فيما اذا كانت الالة  
تابعة فاذا جعلت مقصودة يرد الى القياس (ومنها) أن يكون البذر والبقر من جانب والارض والعمل من جانب  
وهذا لا يجوز أيضاً لأن صاحب البذر يصير مستأجراً للارض والعامل جميعاً ببعض الخارج واجمع بينهما يمنع صحة  
المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقي كله من جانب وهذا لا يجوز أيضاً لما قلنا وروى عن أبي يوسف  
في هذين الفصلين أيضاً انه يجوز لأن استعجار كل واحد منهما جائز عند الأفراد فكذا عند الاجتماع (والجواب)  
ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الأفراد فثبت حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز في هذين  
الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الارض من ارضه ثم يستعير من صاحبها لعمل له فيجوز والخارج يكون  
بينهما على الشرط (ومنها) أن يشترك جماعة من أحد عمل الارض ومن الآخر البقر ومن الآخر البذر ومن الرابع  
العمل وهذا لا يجوز أيضاً لما روي عن هذا ورد الخبر بالفساد فنه روي أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله



صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم مزارعهم وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف يجوز (ومنها) أن يشترط في عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل أحدهما والبعض من قبل الآخر وهذا لا يجوز لأن كل واحد منهما يصير مستأجرا صاحبه في قدر بذره فيجتمع استئجار الأرض والعمل من جانب واحد وأنه مفسد (ومنها) أن تكون الأرض من جانب والبذر والبقير من جانب دفع صاحب الأرض أرضه إليه على أن يزرعها ببذره وبقيره مع هذا الرجل الآخر على أن ما خرج من شئ ثلثه لصاحب الأرض وثلثه لصاحب البذر والبقير وثلثه للعامل وهذا صحيح في حق صاحب الأرض والعامل الأول فاسد في حق العامل الثاني ويكون ثلث الخراج لصاحب الأرض وثلثه للعامل الأول وللعامل الثاني أجرمثل عمله وكان ينبغي أن تفسد المزارعة في حق الكل لأن صاحب البذر وهو العامل الأول جمع بين استئجار الأرض والعامل وقد ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها في حق صاحب الأرض والعامل الأول وإنما كان كذلك لأن العقد فيما بين صاحب الأرض والعامل الأول وقع استئجار الأرض لا غير وأنه صحيح وفيما بين العاملين وقع استئجار الأرض والعامل جميعا وأنه غير صحيح ويجوز أن يكون العقد الواحد له جهتان جهة الصحة وجهة الفساد خصوصاً في حق شخصين فيكون صحيحاً في حق أحدهما فاسداً في حق الآخر ولو كان البذر في هذه المسئلة من صاحب الأرض صحت المزارعة في حق الكل والخراج بينهما على الشرط لأن صاحب الأرض في هذه الصورة يعتبر مستأجراً للعاملين جميعاً والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح في صحة العقد وإذا صح العقد كان الخراج على الشرط

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر في العقد تابعا فان جعل مقصودا في العقد تفسد المزارعة وقد تقدم بيانه في الفصل المتقدم بما فيه كفاية

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى مدة المزارعة فهو أن تكون المدة معلومة فلا تصح المزارعة إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار ببعض الخارج ولا تصح الإجارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس في المعاملة أن لا تصح إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار للعامل ببعض الخارج فكانت إجارة بمنزلة المزارعة لأنها جازت في الاستحسان لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة في أول السنة لأن وقت ابتداء المعاملة معلوم (فأما) وقت ابتداء المزارعة فتفاوت حتى أنه لو كان في موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة وهو على أول زرع يخرج كذا ذكره محمد ابن سلامة أن بيان المدة في ديوان ليس بشرط كافي للمعاملة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأشياء قد دخل بعضها في بيان الشرائط المصححة (منها) شرط كون الخراج لأحدهما لأنه شرط يقطع الشركة التي هي من خصائص العقد (ومنها) شرط العمل على صاحب الأرض لأن ذلك يمنع التسليم وهو التخلية (ومنها) شرط البقر عليه لأن فيه جعل منفعة البقر معتودا عليها مقصودة في باب المزارعة ولا سبيل إليه (ومنها) شرط العمل والأرض جميعاً من جانب واحد لأن ذلك خلاف مورد الشرع الذي هو خلاف القياس على ما مر في الفصول المتقدمة (ومنها) شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد التسمية لأنه ليس من عمل المزارعة (ومنها) شرط الحصاد والرفع إلى البيدر والدياس والتذرية لأن الزرع لا يحتاج إليه إلا بتعلق به صلاحه والأصل أن كل عمل يحتاج إليه الزرع قبل تناهيه وإدراكه وجنائه مما يرجع إلى إصلاحه من السقي والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الأنهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع أن ما هو المقصود من الزرع وهو التمام لا يحصل بدونه عادة فكان من نواع المعتود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد تناهي الزرع وإدراكه وجنائه قبل قسمة الحب مما يحتاج إليه خلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخارج لأنه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا ودفع أرضاً مزارعة وفيها زرع قد استحصلا لا يجوز أن لا تقضاء وقت عمل المزارعة إذا عمل

فيه بعد الإدراك مثلاً فيده وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل إلى البيت ونحوه مما يحتاج إليه لا حراً المقسوم فعلى كل واحد منهما في نصيبه لأن ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروى عن أبي يوسف أنه أجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بما وراء النهر يقتون به أيضاً وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سامة من مشايخ خراسان والجذاذ في باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف (أما) في ظاهر الرواية فلا يشك وأما على رواية أبي يوسف فلا تعدام التعامل فيه ولو باع الزرع قصيلاً فاجتمع على أن يقصلاه كان الفصل على كل واحد منهما في قدر شرط الحب لأنه بمنزلة شرط الحصاد (ومنها) شرط التبن لمن لا يكون البذر من قبله وجملة أن هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه أما أن شرطاً أن يكون التبن بينهما وأما أن سكتا عنه وأما أن شرطاً أن يكون لأحدهما دون الآخر فإن شرطاً أن يكون بينهما لا شك أنه يجوز لأنه شرط مقرر مقتضى العقد لأن الشركة في الخراج من الزرع من معاني هذا العقد على ما مر وإن سكتا عنه ففسد عند أبي يوسف وعند محمد لا يفسد ويكون لصاحب البذر منهما ما ذكر الطحاوي أن محمد أرجع إلى قول أبي يوسف (وجه) قول محمد أن ما يستحقه صاحب البذر يستحقه ببذره لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة (وجه) قول أبي يوسف أن كل واحد منهما أعني الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب وإذا فسد بالاجتماع فكذا هذا وإن شرطاً أن يكون لأحدهما دون الآخر فإن شرطاً لصاحب البذر جازو يكون له لأن صاحب البذر يستحقه من غير شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيده إلا تارة كيداً وإن شرطاً لمن لا بذره ففسدت المزارعة لأن استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لأنه نماء ملكه ونماء ملك الإنسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذره من قبله بمنزلة شرط كون الحب له وإذا فسد كذا هذا (ومنها) أن يشترط صاحب الأرض على المزارع عملاً يبقى أثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الخائط والسرقد واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبق أثره ومنفعته إلى ما بعد قضاء المدة لأنه شرط لا يقتضيه العقد وأما الكراب فلا يخلو في الأصل من وجهين (أما) أن شرطاً في العقد وأما أن سكتا عنه فإن سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه لو امتنع أولاً ففسد كره في حكم المزارعة الصحيحة أن شاء الله تعالى وإن شرطاً في العقد فلا يخلو أيضاً من وجهين أما أن شرطاً مطلقاً عن صفة التثنية وأما أن شرطاً متيداً بها فإن شرطاً مطلقاً عن الصفة قال بعضهم أنه يفسد العقد لأن أثره يبقى إلى ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لأن الكراب بدون التثنية مما يبطل السقي على وجهه لا يبقى له أثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسداً للعقد وإن شرطاً مع التثنية ففسدت المزارعة لأن التثنية إما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة للمزارعة ومرة بعد الحصاد ليرد الأرض على صاحبها مكره وبه وهذا شرط فاسد لا شك فيه لما ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة لأن الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة في هذه السنة وأما أن يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة وأنه عمل يبقى أثره ومنفعته إلى ما بعد المدة فكان مفسداً حتى أنه لو كان في موضع لا يبقى لا يفسد كذا قال بعض مشايخنا ولو دفع الأرض مزارعة على أنه أن يزرعها بغير كراب فلمزارع الربع وإن زرعها بكراب فله الثلث وإن كرماً أو ثابها فله النصف فهو جاز على ما شرطاً كذا ذكر في الأصل وهذا مشكل في شرط الكراب مع التثنية لأنه شرط مفسد فينبغي أن يفسد هذا الشرط وإذا عمل يكون له أجر مثل عمله فامش شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لأنه غير مفسد وبعضهم صححوا جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح وفرق في الأصل فقال ولو زرع بعض الأرض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بشيان فهو جاز والشرط بينهما في كل الأرض نافذ على ما شرطاً كذا ذكر في الأصل وهذا بناء على الأول لأنه أن شرط التثنية في كل الأرض عند اختياره ذلك يصح في البعض بالطريق الأولى

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يحيزها فنقول والله التوفيق للمزارعة الصحيحة أحكام



(منها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لا صلاحه فعلى المزارع ان العقد تناوله وقد يناه (ومنها) ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقين وقلع الحشاوة ونحو ذلك فمليهما على قدر حنهما وكذلك اخضاع والحمل الى البيدر والدياس وتذريته لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع (ومنها) ان يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صرح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسامون عند شروطهم (ومنها) انها اذا لم تخرج الارض شيئا فلا شيء لواحد منهما الا اجر العمل ولا اجر الارض سواء كان البذر من قبل العامل او من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها اجر المثل وان لم تخرج الارض شيئا والفرق ان الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد الخارج فلا يجب شيء والواجب في المزارعة الفاسدة اجر مثل العمل في الذمة لا في الخارج فان عدم الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة فهو الفرق (ومنها) ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لا في جانب صاحبه لو امتنع بعد ما عقد المزارعة على الصحة وقال لا اريد رعاة الارض لذلك سواء كان له عذر او لم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذروا عند المعاملة لازم ليس لواحد منهما ان يتمتع الا من عذر والفرق بين هذه المادتين ان صاحب البذر لا يمكنه المضى في العقد الا باتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك في التراب فلا يكون الشروع فيه ملزما في حقه اذا الانسان لا يجبر على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لانه ليس في لزوم المعنى اي اجماع اتلاف ملكهم فكان الشروع في حتمهم ملزما ولا ينفسخ الا من عذر كما في سائر الاجارات وسواء كان المزارع كرب الارض او لم يكن بها لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شيء للعامل في عمل الكراب على ما ذكره في حكم المزارعة المنسوخة ان شاء الله تعالى ومنها ولا يجر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرط الكراب في العقد واما ان سكتا عن شرطه فان شرطه لا يجر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفاء به وان سكتا عنه ينظر ان كانت الارض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرع اعتاد اقصده مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وان كانت مما لا يخرج أصلا او يخرج ولكن شيئا قليلا لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا اذا امتنع المزارع عن السقي وقال ادعيا حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفى بقاء السماء ويخرج زرع اعتاد ابدونه لا يجبر على السقي وان كان مع السقي أجود فان كان مما لا يكتفى به يجبر على السقي لما قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج والخط عنه وعدم الجواز والاصل فيه ان كلما احتمل انشاء العقد عليه احتمل الزيادة وما لا فلا والخط جائز في الحالين جميعا كما في الزيادة في الثمن في باب البيع اذا عرف هذا فتقول الزيادة والخط في المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما ان يكون من صاحب الارض ولا يخلو اما ان يكون البذر من قبل المزارع واما ان يكون من صاحب الارض بعدما استحصد الزرع او قبل ان يستحصد فان كان من بعدما استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلا فزاد المزارع صاحب الارض السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضي به صاحب الارض لا يجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان وان زاد صاحب الارض المزارع السدس في حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو النفع وانه لا يجوز الا ترى انهما لو انشأ العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذلك الزيادة والثاني حتم من الاجرة وانه لا يستدعي قيام المعقود عليه كما في باب البيع هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل صاحب الارض فزاد صاحب الارض لا يجوز وان زاد المزارع جاز لما قلنا هذا اذا زاد أحدهما بعدما استحصد الزرع فان زاد قبل ان يستحصد جاز أيهما كان لان الوقت يحتمل انشاء العقد فيحتمل الزيادة أيضا بخلاف الفصل الاول

فصل ١٠ وأما حكم المزارعة الفاسدة فانواع (منها) انه لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة لان

وجوبه بالمعقد ولم يصح (ومنها) ان الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الارض أو المزارع لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد فاذ لم يصح الشرط استحققه صاحب الملك ولا يلزمه التصديق بشيء لانه نماء ملكه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه اجر المثل لان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان هو مستأجر العامل فاذا فسدت الاجارة وجب أجر مثل عمله واذا كان البذر من قبل العامل كان عليه رب الارض أجر مثل أرضه لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجر الارض فاذا فسدت الاجارة يجب عليه أجر مثل أرضه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض واستحق الخارج وغرم للعامل أجر مثل عمله فالخارج كله له طيب لانه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الارض واذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر أجر مثل الارض ويطيب ذلك له لانه سلمه بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبث فكان سبيله التصديق (ومنها) ان أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجرة في الاجارة الفاسدة لا تجب الا بحقيقة الاستعمال ولا تجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة اذ هي عبارة عن رفع الموانع والتكمن من الانتفاع حقيقة وشرعوا لم يوجد بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف في الاجارات (ومنها) ان أجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة وان لم يخرج الارض شيئا بعد ان استعملها المزارع وفي المزارعة الصحيحة اذا لم يخرج شيئا لا يجب شيء لواحد منهما وقد مر الفرق فيما تقدم (ومنها) ان أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب بمقدار المسمى عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا اذا كانت الاجرة وهو حصص كل واحد منهما ماسة في العقد فان لم يكن يجب أجر المثل تاما بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاصل في الاجارة وجوب أجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تملك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البديلين وذلك في وجوب أجر المثل لانه المثل الممكن في الباب اذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة الا ان فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البديل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضا فاذا لم يصح العقد لقوات شرط من شرائطه وجب المصير الى البديل الاصل للمنافع وهو أجر المثل ولهذا اذا لم يسم البديل أصلا في العقد وجب أجر المثل بالغاما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقتدر بالمسمى لانه كما يجب اعتبار المماثلة في البديل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى لان المستأجر ماضى بالزيادة على المسمى والا أجر ماضى بالنقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملا بالدليلين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان أولى بخلاف ما اذا لم يكن البديل مسمى في العقد لان البديل اذا لم يكن مسمى أصلا لا حاجة الى اعتبار التسمية فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق

فصل ١١ وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فانواع بعضها يرجع الى صاحب الارض وبعضها يرجع الى المزارع (أما) الاول الذي يرجع الى صاحب الارض فهو الدين القادح الذي لا قضاء له الا من تمن هذه الارض تباع في الدين وينسخ العقد بهذا العذر اذا أمكن الفسخ بان كان قبل الزراعة أو بعدها اذا ادرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضى في العقد الا بضر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضي الارض بدينه أولا ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر وان لم يمكن الفسخ بان كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يباع في الدين ولا يفسخ الى أن يدرك الزرع لان في البيع ابطال حق العامل وفي الانتظار الى وقت الادراك تأخير حق صاحب الدين



وفيه رعاية الجانبين فكان أولى و يطلق من الحبس ان كان محبوسا الى غاية الادراك لان الحبس جزء الظلم وهو المثل وانه غير مماثل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن بيع الارض شرعا والممنوع معذور فاذا أدرك الزرع رد الى الحبس ثانيا لبيع أرضه ويؤدى دينه بنفسه والا فيبيع القاضي عليه (وأما) الثاني الذي يرجع الى المزارع فتجو المرض لانه معجز عن العمل والسفر لانه يحتاج اليه وترك حرفة الى حرفة لان من الحرف ما لا يغني من جوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره وما منع بمنعه من العمل على ما عرف في كتاب الاجارة

﴿فصل﴾ وأما الذي ينسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأشياء (منها) التسخ وهو نوعان صريح ودلالة فالصريح أن يكون بلفظ التسخ والاقالة لان المزارعة مشتملة على الاجارة والشركة وكل واحد منهما قابل لصريح التسخ والاقالة وأما الدلالة فتوعان الاول امتناع صاحب البذر عن المضى في العقد بان قال لا أريد مزارعة الارض بنفسه العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم في حقه فكان سبيل من الامتناع عن المضى فيه من غير عذر ويكون ذلك فسخامته دلالة والثاني حجر المولى على العبد المأذون بعد ما دفع الارض والبذر مزارعة وبيان ذلك ان العبد المأذون اذا دفع الارض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة ينسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة لان العقد لم يقع لازما من جهة العبد لانه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة لان العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا هذا اذا دفع الارض مزارعة فاما اذا أخذها مزارعة فان كان البذر من قبله انسخ العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب انفساخ العقد لقوات العقود عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب البذر لا ينسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف ملكه وهو البذر فله أن ينسخ ما لا ينسخ بالحجر هذا اذا حجر على العبد المأذون فاما اذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك الا أنه لم يحجر عليه فالنهي باطل وكذلك نهى الاب الصبي المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح لان النهي عن الزراعة والتسخ بعدهما من باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص (ومنها) انقضاء مدة المزارعة لانها اذا انقضت فقد انتهت العقد وهو معنى الانقضاء (ومنها) موت صاحب الارض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها سواء أدرك الزرع أو هو قبل لان العقد اذا حكم له دون وارثه لانه عاقد لنفسه والاصل أن من عقد لنفسه بطريق الاصله فكم تصرفه يقع له لا لغيره الا لضرورة (ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حدا الحصاد أو لم يبلغ لما ذكرنا

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم المزارعة المنسوخة فتقول وبالله التوفيق لا يخلو من وجهين اما ان انسخت قبل الزراعة أو بعدها فان انسخت قبل الزراعة لا شيء للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسنات بأي طريق انسخ سواء انسخ بصرح التسخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لان التسخ يظهر أثره في المستقبل بانه حكمه لا في الماضي فلا يتبين أن العقد يمكن حيحا والواجب في العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخراج ولم يوجد فلا شيء وقيل هذا جواب الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى عليه أن يرضى العامل فيما اذا امتنع عن المضى في العقد قبل الزراعة ولا يحمل له الامتناع شرعا فانه يشبه التعزير وانه حرام وان انسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد أدرك وبلغ الحصاد فالحصاد والخراج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك فكذا الجواب في صريح التسخ ودليله وانقضاء المدة لان الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقي الى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض (أما) الزرع بينهما على الشرط فاما ان انسخ العقد يظهر أثره في المستقبل لا في الماضي فيبقى الزرع بينهما على ما كان قبل الانقضاء (وأما) العمل فيما بقي الى وقت الحصاد

عليهما لانه عمل في مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحدهما فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض لان العقد قد انسخ وفي القلع ضرر بالمزارع وفي الترك بغير أجر ضرر بصاحب الارض فكان الترك بأجر المثل نظرا من الجانبين بخلاف ما اذا مات صاحب الارض والزرع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لان هناك انسخ العقد حقيقة لوجود سبب التسخ وهو الموت الا اننا بتقديره قد دفع الضرر عن المزارع لانه لو انسخ لتبطل لصاحب الارض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا في بقاء العقد تقديره فاذا بقي العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان اتفق أحدهما من غير اذن صاحبه ومن غير أمر القاضي فهو متطوع ولو أراد صاحب الارض أن يأخذ الزرع بقل لا يمكن له ذلك لان فيه ضررا بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقل فصاحب الارض بين خيارين ثلاث ان شاء قلع الزرع فيكون بينهما وان شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع وان شاء اتفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لان فيه رعاية الجانبين (وأما) في موت أحد المتعاقدين أما اذا مات رب الارض بعد ما دفع الارض مزارعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقل ترك الارض في يد المزارع الى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لان في الترك الى وقت الحصاد نظرا من الجانبين وفي القلع اضرارا بأحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديره في هذه السنة في هذا الزرع وان مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته نحن نعمل على شرط المزارعة وأبى ذلك صاحب الارض فلا امر الى ورثة المزارع لان في القلع ضررا بالورثة ولا ضرر بصاحب الارض في الترك الى وقت الادراك واذا ترك لأجر للورثة فيعملون لانهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديره فكانه يعمل أبوه وان أراد الورثة قلع الزرع لم يحجر وأعلى العمل لان العقد ينسخ حقيقة الا اننا بتقديره باختيارهم نظر لهم فان امتنعوا عن العمل بقي الزرع مشتركا فاما أن يقسم بينهم بالحصة أو يعطيهم صاحب الارض قدر حصتهم من الزرع البقل أو ينشق من مال نفسه الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصتهم لان فيه رعاية الجانبين والله تعالى أعلم

### كتاب المعاملة

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام في هذا الكتاب في المواضع التي ذكرناها في المزارعة أما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخراج مع سائر شرائط الجواز وأما شرعيتها فقد اختلف العلماء فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله مشروعة واحتجوا بحديث خيربانه عليه الصلاة والسلام دفع نخيلهم معاملة ولا في حنيفة رحمه الله أن هذا استئجار ببعض الخراج وانه منبى عنه على ما ذكرنا في كتاب المزارعة وقد مر الجواب عن الاستدلال بحديث خيربانه فلا نعيده (وأما) ركنها فهو الايجاب والقبول على نحو ما ذكرنا في تقديم من غير تفاوت وأما الشرائط المصححة لها على قول من يحيزها فاذكرنا في كتاب المزارعة (منها) أن يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقد من لا يعقل فأما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية على نحو ما مر في كتاب المزارعة (ومنها) أن لا يكونا مرتدين في قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المعاملة حتى لو كان أحدهما مرتدا وقت المعاملة ثم ان كان المرتد هو الدافع فان أسلم فالخراج بينهما على الشرط وان قتل أو مات أو لحق فالخراج كله للدافع لانه نماء ملكه وللاخر أجر المثل اذا عمل وعندهما الخراج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحالين كما اذا كانا مسلمين وان كان المرتد هو العامل فان أسلم فالخراج بينهما على الشرط وان قتل أو مات على الردة أو لحق فالخراج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالاجماع لما مر في المزارعة هذا اذا كانت المعاملة بين مسلم وممرتد فأما اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخراج على الشرط لما مر في كتاب المزارعة ويجوز معاملة المرتد دفعا واحدا



بالاجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة معاملة فيما يزيد ثمره بالعمل فإن كان المدفوع خلا فيه طلع أو سر قد احمر أو اخضر إلا أنه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وإن كان قد تناهى عظمه إلا أنه لم يربط بالمعاملة فاسدة لأنه إذا تناهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة فلم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل (ومنها) أن يكون الخارج لهما فلو شرط أن يكون لأحدهما فسدت لماعلم (ومنها) أن تكون حصص كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعا معلوم القدر لماعلم (ومنها) أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوما وبيان هذه الجملة في كتاب المزارعة (ومنها) التسليم إلى العامل وهو التخليه حتى لو شرط العمل عليهما فسدت لا نعدم التخليه فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويرفع على أول ثمرة تخرج في أول السنة بخلاف المزارعة والقياس أن يكون شرطا لأن ترك البيان يؤدي إلى الجهالة كإي المزارعة إلا أنه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك في المزارعة حتى أنه لو وجد التعامل به في موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتى بخدش سلامة على مامر في المزارعة ولو دفع أرضا لبرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة ثابتة ولم يسم المدة فإن كان شيئا ليس لا ابتداء نباته ولا لا انتهاء جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وإن كان وقت جذه معلوما يجوز ويقع على الجذوة الأولى كإي الشجرة المثمرة

فصل ﴿ وأما الشرائط المفصلة للمعاملة فأنواع دخل بعضها في الشرائط المصححة للعقد لأن ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للفساد (منها) شرط كون الخارج كله لأحدهما (ومنها) شرط أن يكون لأحدهما قفزان مسماة (ومنها) شرط العمل على صاحب الأرض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد التسمية على العامل لما ذكرنا في كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والقطاف على العامل بخلاف لأنه ليس من المعاملة في شيء ولا نعدم التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والمالك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ملكيهما (ومنها) شرط عمل تبقى منفعتة بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السقية ونصب العرايش وغرس الأشجار وتقليب الأرض وما أشبه ذلك لأنه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات العقود عليه ومتا صده (ومنها) شركة العامل فيما يعمل فيه لأن العامل أجير رب الأرض واستتجار الإنسان للعمل في شيء هو فيه شرك المستأجر لا يجوز حتى أن النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما إلى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث لثلاثة للشريك العامل ولثلاثة للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه لما مر أن في المعاملة معنى الاجارة ولا يجوز الاستتجار لعمل فيه الاجير شريك المستأجر وإذا عمل لا يستحق الاجر على شريكه لما عرف في الاجارات ولا يشبه هذا المزارعة لأن الأرض إذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما إلى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج أنه يجوز المزارعة لأن هناك لم يتحقق الاستتجار للعمل في شيء إلا اجير فيه شريك المستأجر لا نعدم الشركة في البذر وهنا تحقق لبثت الشركة في النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشيء من الخارج لأنه خالص ماله لكونه نماء ملكه ولو شرط أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لأن استحقاق كل واحد منهما أغنى عن الشر يمكن لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه في العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستتجار ولو أمر الشريك الساكت الشريك العامل أن يشتري ما يلقح به النخل فاشتراه رجع عليه بنصف ثمنه لأنه اشتري مالا متقوما على الشركة بامر ف يرجع عليه وسواء كان العامل في عقد المعاملة واحدا أو أكثر حتى لو دفع رجل نخلة إلى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما في الاستحقاق أو جعل لأحدهما فضلا لأن كل واحد منهما أجير صاحب الأرض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيقتدر بقدر الشرط ولو شرط لأحد العاملين مائة درهم على رب الأرض والاخر ثلث الخارج ولرب الأرض الثلثان جاز لأن الواجب لكل واحد منهما أجره مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط ولو

شرطا لصاحب النخل التخل ولا أحد العاملين الثلثين وللاخر أجر مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة أن من دفع الأرض مزارعة على أن يرب الأرض الثلث وللزارع الثلثان على أن يعمل فلان معه ثلث الخارج ان المزارعة جائزة بين رب الأرض والمزارع فاسدة في حق الثالث لأن المعاملة استتجار العامل والاجرة تجب على المستأجر دون الاجير بمقابلة العمل والعمل للمستأجر فكانت الاجرة عليه فإذا اشترطها على الاجير فقد استأجره ليعمل له على أن تكون الاجرة على غيره ولا سبيل إليه ففسد العقد وهذا هو الموجب للفساد في حق الثالث في باب المزارعة لأنه صرح فيما بين صاحب الأرض والمزارع أنه لا يجعل بمنزلة عقدين فساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر وهذا مع هذا التكلف غير واضح ويتضح ان شاء الله تعالى

فصل ﴿ وأما حكم المعاملة الصحيحة عند تجزئها فأنواع (منها) ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج إليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقي واصلاح التمر والحفظ والتقليب فلي العامل لأنها من نوابع العقود عليه فيتناوله العقد وكلما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والأرض من السرقة وتقليب الأرض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيهما لأن العقد لم يتناول لا مقصودا ولا ضرورة وكذلك الجذاذ والقطاف لأن ذلك يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون من حكم عقد المعاملة (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط لما مر (ومنها) أنه إذا لم يخرج الشجر شيئا فلا شيء لأحد منهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق في كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لا يزم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه إلا من عذر بخلاف المزارعة فإنها غير لازمة في جانب صاحب البذر وقد مر الفرق (ومنها) ولاية جبر العامل على العمل إلا من عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والخط عنه وانعدام الجواز والاصل فيه ما مر في كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والا فلا والخط جائز في الموضعين أصله بالزيادة في الثمن والتمتع فإذا دفع بخلاف النصف معاملة تخرج الثمر فإن لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لأن الانشاء للعقد في هذه الحالة جائزة فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل رب الأرض شيئا ولا يجوز الزيادة من رب الأرض للعامل شيئا لأن هذه زيادة في الاجرة لأن العامل أجير والحمل لا يحتمل الزيادة ألا ترى أنه لا يحتمل الانشاء والاول حط من الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الخط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع إلى غيره معاملة إذا قال الا إذا قال له رب الأرض اعمل فيه برأيك لأن الدفع إلى غيره اثبات الشركة في مال غيره بغير إذنه فلا يصح وإذا قال له اعمل فيه برأيك فقد أذن له فصح ولو لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفع العامل إلى رجل آخر معاملة فعمل فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الاول ولأن استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضا لأن عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافا إليه وله على العامل الاول أجر مثل عمله يوم عمل لأنه عمل له بأمره فاستحق أجر المثل ولو هلك الثمر في يد العامل الاخير من غير عمله وهو في رؤس النخل فلا ضمان على واحد منهما لا نعدم الغصب من واحد منهما وهو تقويت بدالك ولو هلك من عمله في أمر خالف فيه أمر العامل الاول فالضمان لصاحب النخل على العامل الاخر دون الاول لأن الخلاف قطع نسبة عمله إليه فبقى متلفا على المالك ماله فكان الضمان عليه ولو هلك في يده من عمله في أمر لم يخالف فيه أمر العامل الاول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء لأنه إذا لم يوجد منه بخلاف بقى عمله مضافا إليه كأنه عمل لنفسه فكان له أن يضمنه وله أن يضمن الثاني لأنه في معنى غاصب الغاصب فان اختار تضمين الاول لم يرجع على الآخر بشيء لأنه عمل بأمر الاول ولو رجع عليه لرجع هو عليه أيضا فلا فيدوان اختار تضمين الآخر يرجع على الاول لأنه غره في هذا العقد فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان السلامة هذا إذا لم يقل له اعمل فيه برأيك فاما إذا قال وشرط النصف فدفعه إلى رجل آخر بثلاث



الخارج فهو جائز لما ذكرنا وما خرج من التمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الاول لان شرط الثلث يرجع الى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فبقى له السدس ضرورة وذو كرمه الله في الاصل انه اذا لم يقل اعمل فيه رأيك وشرط له شيئاً معلوماً وشرط الاول للثاني مثل ذلك فهما فاسدان ولا ضمان على العامل الاول

**فصل** وأما حكم المعاملة الفاسدة فانواع ذكرناها في المزارعة منها أنه لا يجرى العامل على العمل لان الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح ومنها أن الخارج كله لصاحب الارض لان استحقاق الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشئ منه لانه حصل عن خالص ملكه ومنها أن أجر المثل لا يجب في المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل لما ذكرنا في المزارعة ومنها أن وجوب أجر المثل فيها لا يقف على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيئاً بخلاف المعاملة الصحيحة وقد ذكرنا الفرق في كتاب المزارعة ومنها أن أجر المثل فيها يجب بمقدار المسمى لا يتجاوز عنه عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاماً وهذا الاختلاف فيما اذا كانت حصصة كل واحد منهما مسماة في العقد فان لم تكن مسماة في العقد يجب أجر المثل تاماً بلا خلاف وقد مرّت المسئلة في كتاب المزارعة

**فصل** وأما المعاني التي هي عذر في فسخاها ذكرنا في كتاب المزارعة ومن الاعذار التي في جانب العامل ان يكون سارقاً معروفاً بالسرقة فيخاف الثمر والسيف

**فصل** وأما الذي ينفسخ به عقد المعاملة فانواع منها صريح الفسخ ومنها الاقالة ومنها انقضاء المدة ومنها موت المتعاقدين وقد مر في كتاب المزارعة

**فصل** وأما حكم المعاملة المنفسخة فعلي نحو حكم المزارعة المنفسخة والله تعالى أعلم

### كتاب الشرب

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى الشرب لغة وشرعاً وفي بيان أنواع المياه وفي بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالشرب في اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء قال الله تعالى عز شأنه قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وفي الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالايام لان الله سبحانه وتعالى عز اسمه أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك ولم يعقبه بالفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة وبها استدلل محمد رحمه الله في كتاب الشرب جواز قسمة الشرب بالايام وفي عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقي وأما بيان أنواع المياه فنقول المياه أربعة أنواع الاول الماء الذي يكون في الاواني والظروف والثاني الماء الذي يكون في الآبار والحياض والعيون والثالث ماء الانهار الصغار التي تكون لا قوام مخصوصين والرابع ماء الانهار العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة أما الاول فهو مملوك لصاحبه لا حق لا حذ فيه لان الماء وان كان مباحاً في الاصل لكن المباح ملك بالاستيلاء اذا لم يكن مملوكاً لغيره كما اذا استولى على الخطب والخشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الاشياء وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحروزة في الظروف بهجرت العادة في الامصار وفي سائر الاعصار من غير تكثير فلم يحل لاحد ان يأخذ منه فيشرب من غير اذنه ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسا له فتنعه فان لم يكن عنده فضل فليس له أن يقتله أصلاً لان هذا دفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره لا بتصداهلاكه وهذا لا يجوز وان كان عنده فضل ماء عن حاجته فللمنوع أن يقتله لئلا يخدمه الفضل لكن بما دون السلاح كما اذا أصابه شخصه وعند صاحبه فضل طعام فسأله فتنعه وهو لا يجد غيره وأما الثاني الماء الذي يكون في الحياض والآبار والعيون فليس بمملوك لصاحبه بل هو مباح في نفسه سواء كان في أرض مباحة أو مملوكة لكن له حق خاص فيه لان الماء في الاصل خلق مباحاً لنبي عليه

الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والشركة العامة تقتضي الاباحة الا أنه اذا جعل في الماء وأحرزه به فقد استولى عليه وهو غير مملوك لا حذ فيه مملوك كالمستولى كافي سائر المباحات الغير المملوكة واذا لم يوجد ذلك بقى على أصل الاباحة الناجية بالشرع فلا يجوز بيعه لان محل البيع هو المال المملوك وليس له أن يمنع الناس من الشفة وهو الشرب بانفسهم وسقي دوابهم منه لانه مباح لهم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر وهو فضل ماؤها الذي يخرج منها فلم ينهوا ان يستوا منها لشفاهاهم ودوابهم فاما لزروعهم وأشجارهم فله ان يمنع ذلك لما في الاطلاق من ابطال حقه أصلاً الا اذا كان ذلك في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم عن الدخول في أرضه اذا لم يضطروا اليه بان وجدوا غيره لان الدخول اضار به من غير ضرورة فله ان يدفع الضرر عن نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له اما ان تأذن بالدخول واما ان تعطى بنفسك فان لم يعطهم ومنعهم من الدخول لهم ان يقتلوه بالسلاح لئلا يأخذوا قدر ما يدفع به الهلاك عنهم والا صل فيه ما روى أن قوماً وردوا ماء فساءلوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلو فأبوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطائنا كادت تقطع فأبوا فذكرنا ذلك لسيدنا عمر رضي الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح بخلاف الماء المحرز في الاواني والطعام حالة الخمصة لان الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلا بد من مراعاة حرمة الملك حرمة القتال بالسلاح ولا ملك هناك بل هو على الاباحة الأصلية على ما ينبتا فاذامنه أحد ماله حق أخذه قاتله بالسلاح كما اذا منعه ماله المملوك وأما الثالث الماء الذي يكون في الانهار التي تكون لا قوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع الى نفس الماء وبعضها يرجع الى الشرب وبعضها يرجع الى النهر أما الذي يرجع الى نفس الماء فهو انه غير مملوك لاحد لما ذكرنا أن الماء خلق مباح الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالاحراز بالاواني فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال استقني يومامن نهرك على ان أستيقن يومامن نهركذا لا يجوز لان هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعاً أو اجارة الشرب بالشرب وكل ذلك لا يجوز ولا يجوز اجارته لان الاجارة تملك المنفعة لا تملك العين بمنافعها ليست بمملوكة ولو استأجر حوضاً أو بئراً يستقى منه ماء لا يجوز لان هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليصيد منه السمك لان هذا استئجار السمك وكذا لو استأجر أجمة ليحطب لان هذا استئجار الخطب والاعيان لا تحتل الاجارة وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب وله أن يمنع من سقي الزرع والاشجار لان له فيه حقاً خاصاً وفي اطلاق السقي ابطال حقه لان كل أحد يتبادر اليه فيسقي منه زرعاً وأشجاره فيبطل حقه أصلاً ولو أذن بالسقي والنهر خاص له جازلانه أطل حق نفسه وأما الذي يرجع الى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفرداً بأن باع شرب يوم أو أكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقي والحق لا تحتل الافراد بالبيع والشراء ولو اشترى به داراً وعبداً وقبضهما لم يرد الدار والعبد لانه مقبوض بحكم عقد فاسد فكان واجب الرد كما في سائر البياعات الفاسدة ولا شيء على البائع بما انتفع به من الشرب ولو باع الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض ويجوز ان يجعل الشئ تبعاً لغيره وان كان لا يجعله مقصوداً بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب في بيع الارض الا بالتسمية صريحاً أو بذكر ما يدل عليه بان يقول بعتا بحقها أو بمرافقها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر شيئاً من ذلك لا يدخل لان اسم الارض بصيغته وخروجه لا يدل على الشرب ولا يجوز اجارته مفرداً لان الحقوق لا تحتل الاجارة على الافراد كما لا تحتل البيع وكذا الوجه له اجارة في الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان الاجارة في باب الاجارة كالتن في باب البيع وانه لا يصلح ثمن في البياعات فلا يصلح اجارة في الاجارات ولو انتفع بالدار والعبد لم يجر مثله لانه استوفى منه مئة المعتود عليه عقد فاسد أفيلزمه اجارة المثل كما في سائر الاجارات الفاسدة ولو استأجر الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض كما في البيع على ما ذكرنا ولو استأجر أرضاً ولم يذكر الشرب والمسيل أصلاً فالتقياس أن لا يكون الشرب والمسيل كما في البيع وفي الاستحسان كاناله ويدخل تحت



اجارة الارض من غير تسمية نصا لوجودها دلالة لان الاجارة تملك المنفعة عوض ولا يمكن الانتفاع بالارض بدون الشرب فيصير الشرب مذكورا يذكرا الارض دلالة بخلاف البيع لان البيع تملك العين والعين تحتل الملك بدونه ولا يجوز هبته والتصدق به لان كل واحد منهما تملك والحقوق المفردة لا تحتل التملك ولا يجوز الصلح عليه بان صالح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص في النفس ومادونه لان الصلح في معنى البيع الا أنه يستقط القصاص ويكون الصلح كأنه على العفول ذكرنا في كتاب الصلح ولان صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات ونحب على القاتل والجراح الدية وارث الجناية ولا نصح تسميته في باب النكاح بان تزوج امرأة عليه وعلى الزوج مهر المثل لان النكاح تصرف تملك وأنه لا يحتل التملك وإذا لم نصح التسمية بحجب العوض الاصل وهو مهر المثل ولا نصح تسميته في الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من المهر لان تسميته في معرض التملك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوبا فيه فن حيث انه لا يحتل التملك لم يصلح بدل الخلع ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يطل ذلك أصلا فيظهر في وجوب رد المأخوذ وهذا أصلي في باب الخلع محفوظ أنه شيء تعذر تسليم البدل المذكور وهو مال مرغوب في نفسه بحجب عليها رد المأخوذ من المهر ومورته لان الارث لا يقف على الملك لاحالة بل ثبت في حق المال كما ثبت في الملك كخيار العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو وصى لرجل أن يسقي أرضه مدة معلومة من شره جازت الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وان كان تملكها لكنها تملك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال وإنما يملك بعد الموت فاشبه الميراث فاذا احتمل الارث احتمل الوصية التي هي أخت الميراث واذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له لان الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي وشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثا فكذلك الوصية بالشرب ولو وصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح لانه لا يحتل التملك بالتصدق استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد الموت بالوصية ويستوى كل واحد من الشركاء على قدر شره ولو اختلفا في قدر الشرب ولا يبينه لاحد من الحكم الا راضى فيكون الشرب بينهم على قدر اراضيهم ولا يعتبر عدد الرؤس بخلاف الجماعة اذا اختلفوا في طريق مشترك بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤس وإنما كان كذلك لاختلاف المتصودا المقصود من الشرب السقي والسقي يختلف باختلاف الاراضى والمقصود من الطريق هو المرور وأنه لا يختلف باختلاف الدور ولو كان الاعلى منهم لا يشرب ما لم يسكر النهر عن الاسفل بان كانت أرضه روبة لم يكن لذلك ولكن يشرب بحصته لان في سكر النهر حتى يشرب الاعلى منع الاسفل من الشرب وهذا لا يجوز الا اذا تراضيا على أن يسكر كل في نوبته فيجوز ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحي أو دالية أو سانية نظيره فان كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه والا فلا لان رقة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل الى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك الا برضا الشركاء وأما الذي يرجع الى النهر فلا يصل فيه أن النهر الخاص بجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقيين سواء أضر بهم التصرف أولا لان رقة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف في المملوك لا تنقضي على الاضرار بالملك حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يخفر نهر أصغر من النهر المشترك فيسوق الماء الى أرض أحيائها ليس لها منه شرب ليس لذلك الا برضاهم لان الخفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحد أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس لذلك وان كان ذلك لا يضرهم لان ذلك تصرفهم في النهر باجاء زيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه ولو أراد أن ينصب عليه رحي فان كان موضع البناء مملوكا والماء يدير الرحي على سببه لذلك وان كان موضع البناء مشتركا أو وقع الحاجة الى تعريج الماء ثم الاعادة ليس لذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير

وصول حشيم المهم بالتعريج كما اذا حفر نهر في أرضه وأراد أن يعرج الماء اليه فيعيد الى النهر وكذلك لو أراد أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل وليس لاحد من أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم لان القنطرة تصرف في حاشي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شرين لم يكن له خمس كوى من النهر الا عظم ولا حد الشرين أرض في أعلى النهر وللآخر أرض في أسفله فأراد صاحب الاعلى أن يسد شيئا من تلك الكوى لما يدخل من الضرر في أرضه ليس له ذلك الا برضا شرين لانه يتضرر به شرين فلا يجوز له دفع الضرر عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يتهايا حتى يسد في حصته ما شاء لم يكن له ذلك الا برضا الشرين لما قلنا وان تراضيا على ذلك زمانا ثم بدل صاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لان المراضاة على ما لا يحتل التملك تكون مباحة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أجني اليها كوة وحفر نهر آمنه الى أرضه برضا منهما ومضى على ذلك زمان ثم بدل الاحد هما أن ينقض فله ذلك لان العارية لا تكون لازمة وكذلك لو مات لورثته أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الا عظم ولكل رجل نهر من هذا النهر فمنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الاسفل لصاحب الاعلى انكم تأخذون أكثر من نصيبكم لان دفعة الماء وكثرته في أول النهر ولا يأتينا الا وهو قليل فأرادوا المباشرة أمام معلومة فليس لهم ذلك ويترك الماء والنهر على حاله لان ملكهم في رقة النهر لا في نفس الماء ولو أراد واحد منهم أن يوسع كوة نهره لم يكن له ذلك لانه يدخل فيه الماء زائدا على حقه فلا يملك ذلك ولو حفر في أسفل النهر جاز ولو زاد في عرضه لا يجوز لان الكوى من حقوق النهر فيملكه ملك النهر بخلاف الزيادة في العرض ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الا عظم بين قوم تخافوا أن ينشق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك فان كان ضررا عما يحجبون على أن يحصنوه بالحصص وان لم يكن فيه ضرر عما لا يحجبون عليه لان الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر على التخصيص من باب دفع الضرر عن الجماعة فجاز واذا لم يكن الضرر عما يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتخصيص جبرا عليه لزيادة الانتفاع بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر لرجل ملاصق لأرض رجل فاختلف صاحب الارض والنهر في مسناة فالمسناة لصاحب الارض عند أبي حنيفة رحمه الله له أن يغرس فيها طينه ولكن ليس له أن يهدمها وعند أبي يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر حر بما للنهر وله أن يغرس فيها وبلق طينه ويجتاز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر والارض حائل من حائط ونحوه كانت المسناة لصاحب النهر بالاجماع وبعض مشايخنا هذا الاختلاف على ان النهر هل له حر أم لا بأن حفر رجل نهر في أرض موات باذن الامام عند أبي حنيفة لا حر له وعندهما له حر (ووجهه) البناء عليه انه لم يكن للنهر حر عند أبي حنيفة كان الظاهر شاهد صاحب الارض فكان القول قوله ولما كان له حر عندهما كان الظاهر شاهد صاحب النهر فيكون القول قوله وبعضهم لم يصححو البناء وقالوا لا خلاف ان للنهر حر بما في أرض الموات لان للبئر والعين حر بما فيها بالاجماع وقد روى عليه الصلاة والسلام انه جعل لهما حر بما حاجتهما الى الخفر لتعذر الانتفاع به بدون الخفر لان حاجة النهر الى الحر كحاجة البئر والعين بل أشد فكان جعل الشرع للبئر والعين حر بما جعل للنهر من طريق الاولى دل ان البناء على هذا الاصل غير صحيح فكان هذا خلافا مبتدأ (وجهه) قولهما انه لما كان للنهر حر بما بالاتفاق كان الظاهر شاهد لصاحب النهر فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البئر والعين عند الاختلاف كذا هذا ولا يحرى حنيفة ان المسناة اذا كانت مستوية بالارض فالظاهر انها ملك صاحب الارض اذ لو كانت حر بما للنهر لكانت مرتفعة لكونها ملق طينه فكان الظاهر شاهد لصاحب الارض الا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب النهر بها وفي الهدم ابطاله ويجوز أن يمنع الانسان من التصرف في ملكه لتعلق حق الغير كحائط لانسان عليه جذوع لغيره فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر وليس على أصحاب الشفة في الكرى



شيء لان هذا من حقوق الملك ولا ملك لاهل الشفة في رقة النهر بل لهم حق شرب الماء والسقي للدواب فقط واختلف في كيفية الكرى عليهم قال ابو حنيفة عليهم ان يكر وامن اعلاه واذا جاوزوا أرض رجل دفع عنه وكان الكرى على من بقي وقال ابو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعاً من أوله الى آخره بمخصص الشرب والاراضي حتى ان النهر لو كان بين عشرة أنفس اراضيهم عليه لاخر كرى فوهة النهر الى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم على كل واحد منهم العشر فاذا جاوزوا شرب الاول سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على تسعة أسهم فاذا جاوزوا شرب الثاني سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على ثمانية أسهم هكذا وهذا عند أبي حنيفة (وأما) عندهما قال الكرى بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر الى أسفله (وجه) قول أبي حنيفة ان الكرى من حقوق الملك والملك في الاعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر الى شرب أولهم فكانت مؤنثة على الكل فأما بعده فلا ملك لصاحب الاعلى فيه انما له حق وهو حق تسيل الماء فيه فكانت مؤنثة على صاحب الملك لا على صاحب الحق ولهذا كانت مؤنثة الكرى على أصحاب النهر ولا شيء على أهل الشفة لان الملك لا يحاب النهر ولا هل الشفة حق الشرب وسقي دوابهم وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه لما قلنا (وأما) الانهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لاحد فيها ولا في رقة النهر وكذا ليس لاحد حق خاص فيها ولا في الشرب بل هو حق لعامة المسلمين فلكل أحد أن ينتفع بهذه الانهار بالشفة والسقي وشق النهر منها الى أرضه بأن احيا أرضاً ميتة باذن الامام له أن يشق اليها نهر من هذه الانهار وليس للامام ولا لاحد منعه اذا لم يضر بالنهر وكذا له أن ينصب عليه رحي ودالية وسانية اذا لم يضر بالنهر لان هذه الانهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت الاختصاص بها لاحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد يسبيل من الانتفاع لكن بشرطة عدم الضرر بالنهر كالاتفاق بطريق العامة وان أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منعاً بينا انه حق لعامة المسلمين واباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف في الطريق الاعظم وسئل ابو يوسف عن نهر مر وهو نهر عظيم أحيا رجل أرضاً كانت مواتاً فخر لها نهر افوق مرو من موضع ليس يملكه أحد ففسق الماء اليها من ذلك النهر فقال ابو يوسف ان كان يدخل على أهل مرو ضرر في مائهم ليس له ذلك وان كان لا يضرهم فله ذلك وليس لهم أن يمنعوه لما قلنا وسئل أيضاً اذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفة هل له أن يزيد فيها قتال ان زاد في ملكه وذلك لا يضر بأهل النهر فله ذلك ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له ذلك وان كان لا يضر بالنهر (وجه) الفرق أن الزيادة في الفصل الاول تصرف في حق مشترك بين العامة وحرمة التصرف في حقوق العامة لا تثبت الا بشرطة الضرر والزيادة في الفصل الثاني تصرف في ملك مشترك بأخذ زيادة الماء في النهر والتصرف في الملك المشترك لا تقف حرمة على الضرر بالملك هو الفرق ولو جزماء هذه الانهار عن أرض فليس لمن يليها أن يضمها الى أرض نفسه لانه يحتمل أن يعود ماؤها الى مكانه ولا يجد اليه سبيلاً فيحمل على جانب آخر فيضر حتى لو أمن العود أو كان بازائها من الجانب الآخر أرض موات لا يستضر أحد بحمل الماء عليه فله ذلك ويملكه اذا احياه باذن الامام أو بغير اذنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت هذه الانهار الى الكرى فعلى السلطان كراهها من بيت المال لان منفعتها لعامة المسلمين فكانت مؤنثتها من بيت المال لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وكذا لو خيف منها الفرق فعلى السلطان اصلاح مسناتها من بيت المال لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الاراضي

الكلام في موضعين في بيان أنواع الاراضي وفي بيان حكم كل نوع منها (أما) الاول فالاراضي في الاصل نوعان أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامرة وخراب والمباحة نوعان أيضاً نوع هو من

مرافق البلدة محتطاً لهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقها وهو المسعى بالموات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الاراضي المملوكة العامرة فليس لاحد أن يتصرف فيها من غير اذن صاحبها لان عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الارض الخراب الذي انتقع ماؤها ومضى على ذلك سنون لان الملك فيها قائم وان طال الزمان حتى يجوز بيعها واجارها وتصير ميراثاً اذا مات صاحبها الا أنها اذا كانت خراباً فلا خراج عليها اذ ليس على الخراب خراج الا اذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستئناء فعليه الخراج وهذا اذا عرف صاحبها فان لم يعرف فحكم اللقطة يعرف في كتابه ان شاء الله تعالى وأما الكلا الذي بنيت في أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا اذا قطعه صاحب الارض واخرج فيملكه هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رضي الله عنهم وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أنه اذا سته وقيام عليه ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الاصل فيه هو الاباحة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والكلا اسم لحشيش بنيت من غير صنع العبد والشركة العامة هي الاباحة الا اذا قطعه واحرز لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء المحرز في الاواني والظروف وسائر المباحات التي هي غير مملوكة لاحد والنار اسم لجوهر مضيء دائم الحر كعواقل ليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها لان النبي عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها فأما الجرف ليس بنار وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه ولو أراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلا فاذا كان يحجده في موضع آخر له أن يمنعه من الدخول وان كان لا يحجده فيقال لصاحب الارض اما أن تأذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فتدفعه اليه كالماء الذي في الآبار والعيون والحياض التي في الاراضي المملوكة على ما ذكرنا في كتاب الشرب ولودخل انسان أرضه بغير اذنه واحتش ليس لصاحبه أن يسترده لانه مباح سبقت به اليه وكذا لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وان لم يثبت على ملك أحد ولا تجوز اجارته لان الاعيان لا تختمل الاجارة على ما ذكرنا في كتاب الشرب والجواب في الكلا في البيع والاجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب في الشرب لان كل واحد منها غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله في الشرب وكذلك المروج المملوكة في حكم الكلا على هذا وكذلك الآجام المملوكة في حكم السمك لان السمك أيضاً مباح الاصل لقوله تعالى عز شأنه أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكاً الا بالآخذ والاستيلاء لما بينا ولو حظر السمك في حظيرة فان كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفسه الخطر لوجود الاستيلاء وان ثبت اليد عليه ولهذا لو باعه جاز وان كان لا يمكن أخذه الا بصيد لا يملكه صاحب الحظيرة لانه ما استولى عليه ولا يملك المباح الا بالاستيلاء ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه وعلى هذا سائر المباحات كالطير اذا باضت أو فرخت في أرض انسان انه يكون مباحاً ويكون للآخذ لا لصاحب الارض سواء كان صاحب الارض اتخذ له وكراً أم لا وقال المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله انه ان كان اتخذ له ملكاً له يسترده من الآخذ وهذا غير سديد لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أخذه ولان الملك في المباح انما يثبت بالاستيلاء عليه والآخذ هو المستولى دون صاحب الارض وان اتخذ له وكراً وكذلك صيد النجاء الى أرض رجل أو دره فهو للآخذ لا لصاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول يملكه ان أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه وكذلك لو نصب شبكة فتعقل بها صيد تعقلاً لا خلاص له فهو لنا صيد الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره ممن أرسل بازي انسان بغير اذنه فاخذ صيداً أو أغرى كلباً لا انسان على صيد فاخذه فكان للرسل والمغرى لا لصاحبه ولو نصب فسطاطاً فجاء صيد فتعقل به فهو للآخذ (وجه) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضوع للشيء ١ كتناسب له (فاما) نصب الفسطاط فوضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء



والأخذ حقيقته ولو حفر حفرة فوقه فيها صيد فإن كان حفرها لا اجتماع الماء فيها فولا خذله منزلة الاصطياد وإن كان حفرها للاصطياد بها فهو له بمنزلة الشبكة (وأما) الأجسام المملوكة في حكم القصب والخطب فليس لأحد أن يحطب من أجرة رجل إلا بأذنه لأن الخطب والقصب مملوكان لصاحب الأجمة بئتان على ملكه وإن لم يوجد منه النباتات أصلا بخلاف السكالي في المروج المملوكة لأن منفعة الأجمة هي القصب والخطب فكان ذلك مقصودا من ملك الأجمة فيملك على ملكها (فأما) السكالي فغير مقصود من المروج المملوكة بل المقصود هو الزراعة ولو أن بقارا رعى أجمة مملوكة لا تساق فليس له ذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة الأجمة القصب والخطب وهما مملوكان لصاحب الأجمة وأتلف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان بخلاف السكالي في المروج لأنه يثبت على الأباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب معاملة ولا يجوز دفع السكالي معاملة والأصل المحفوظ فيه أن القصب والخطب يملكان تلك الأرض والسكالي لا (وأما) ما لا يثبت عادة الا تصنع العبد كالثقة والقصيل وما بقي من حصان الزرع ونحو ذلك في أرض مملوكة يكون مملوكا لصاحب الأرض أن يمنع غيره ويجوز بيعه ونحو ذلك لأن النباتات بعد اكتسابها فيملكه ولأن الأصل أن يكون من المملوك مملوكا إلا أن الأباحة في بعض الأشياء تثبت على مخالفة الأصل بالشرع والشرع ورد بها في أشياء مخصوصة فيقتصر عليها (وأما) أرض الموات فالكلام فيها في مواضع في تفسير أرض الموات وفي بيان ما يملك الإمام من التصرف في الموات وفي بيان ما يثبت به الملك في الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وفي بيان حكمه إذا ملك (أما) الأول فالأرض الموات هي أرض خارج البلد لم تكن ملكا لأحد ولا حقاله خاصا فلا يكون داخل البلد موات أصلا وكذا ما كان خارج البلدة من مزارعها لم تكن ملكا لأحد ولا يكون مواتا حتى لا يملك الإمام اقتطاعها لأن ما كان من مزارع أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كقضاء دارهم وفي الاقتطاع إبطال حقهم وكذلك أرض الملح والقفار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنها المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للإمام أن يقطعها لأحد لأنها حق لعامة المسلمين وفي الاقتطاع إبطال حقهم وهذا لا يجوز وهل يشترط أن يكون بعيدا من العمران شرطه الطحاوي رحمه الله فإنه قال وما قرب من العامر فلا يمس موات وكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله أن أرض الموات بقعة لو وقف على أديها من العامر رجل فنأدى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر وفي ظاهر الرواية ليس بشرط حتى أن يحرق من البلدة جزر ماؤه أو أجمة عظيمة لم تكن ملكا لأحد تكون أرض موات في ظاهر الرواية وعلى قياس رواية أبي يوسف وقول الطحاوي لا تكون والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن الموات اسم لما لا ينتفع به فإذا لم يكن ملكا لأحد ولا حقا خاصا لم يكن منتفعا به كان بعيدا عن البلدة أو قريب منها (وأما) بيان ما يملك الإمام من التصرف في الموات فالإمام يملك اقتطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك إلى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للإمام ككرى الأنهار العظام وإصلاح قنطرة أو نحوه ولو أقطع الإمام الموات أنسا فتركه ولم يعمره لا يتعرض له إلى ثلاث سنين فإذا مضى ثلاث سنين فقد عاد مواتا كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس تحتجر بعد ثلاث سنين حق ولأن الثلاث سنين مدة لا بلاء الا عذار فإذا أمسكها ثلاث سنين ولم يعمرها دل على أنه لا يريد عمارتها بل تعطيلها فيبطل حقه وتعود إلى حالها مواتا وكان للإمام أن يعطيها غيره (وأما) بيان ما يثبت به الملك في الموات وما لا يثبت به الله تعالى يثبت بنفس الأحياء وأذن الإمام ليس بشرط (وجه) قوضا قوله عليه الصلاة والسلام من أحيأ أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم فيه حق أثبت الملك للمعطي من غير شرطه أذن الإمام ولا نه مباح استولى عليه فيملكه بدون إذن الإمام كما لو أخذ صيدا أو وحشا كلاً وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم فيه

حق روى من باب مضاف فلو كان ثابت عروق أشجار انسان في أرض غيره بغير إذنه فلصاحب الأرض فلها حشيشا ولأن حشيشة عليه الرحمة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للمرء الا ما طابت به نفسه ما مدوا له من دن فم يطلب نفسه فلا يكون له ولأن الموات غنيمته فلا بد للاختصاص به من إذن الإمام كسائر الغنائم والدليل عليه أن غنيمته اسم لما أصيب من أهل الحرب بالخياف الخليل والركاب والموات كذلك لأن الأرض كلها كانت تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا يختص ببعض المسلمين بشئ منها من غير إذن الإمام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والخطب والحشيش لأنها لم تكن في يد أهل الحرب فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء وأثبت اليد عليها (وأما) الحديث فيحتمل أنه بصريحه شرعا ويحتمل أنه أذن جماعة بأحياء الموات بذلك النظم وتحتمل قول بموجبه فلا يكون حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به في إيجاب السلب للقاتل على ما ذكر في كتاب السير أو يحمل ذلك على حال الأذن توفيقاً بين الدلائل ويملك الذي بالأحياء كما يملك المسلم لعموم الحديث ولو حفر الأرض الموات لا يملكها بالاجماع لأن الموات يملك بالأحياء لانه عبارة عن وضغ أحجار أو خط حوله يريد أن يخرج غيره عن الاستيلاء عليها وشئ من ذلك ليس بأحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يكن لغيره أن يزعمه لانه سبقت يده إليه والسبق من أسباب الترجيح في الجملة قال النبي عليه الصلاة والسلام من مباح من سبق وعلى هذا المسافر إذا نزل بأرض مباحة أو رباط صار أحق بها ولو كان لمن يجي بعده أن يزعمه عنها وإذا صار أحق بها فلا يخطبها الإمام غيره إلا إذا عطلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها (وأما) بيان حكم أرض الموات إذا ملكت فيختص بها حكام أحدهما حكم الحر والثاني الوظيفة من العشر والخراج أما الأول فالكلام فيه في موضعين أحدهما في أصل الحر والثاني في قدره (أما) أصله فلا خلاف في أن من حفر بئر في أرض الموات يكون لها حر به حتى لو أراد أحد أن يحفر في حر به لانه أن ينعه لأن النبي عليه الصلاة والسلام جعل للبئر حر به وكذلك العين له حر به بالاجماع لانه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حر بها (وأما) النهر فقد ذكرنا الكلام فيه (وأما) تقديره فحر به العين خمسائة ذراع بالاجماع وبه نظمت السنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام للعين خمسائة ذراع وحر به بئر العطن أربعون ذراعاً بالاجماع نظمت به السنة قال النبي عليه الصلاة والسلام وحر به بئر العطن أربعون ذراعاً وأما حر به بئر الناضح فقد اختلف فيه عند أبي حنيفة رحمه الله أربعون ذراعاً وعندهما ستون ذراعاً احتجنا بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال وحر به بئر الناضح ستون ذراعاً (وجه) قول أبي حنيفة أن الملك في الموات يثبت بالأحياء بأذن الإمام أو بغيره ولا يوجد منه أحياء الحر به وكذا أذن الإمام يتناول الحر به مقصودا الآن دخول الحر به لحاجة البئر إليه وحاجة الناضح تندفع باربعين ذراعاً من كل جانب كحاجة العطن فبقى الزيادة على ذلك على حكم الموات والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة والسلام ذلك في بئر خاص وللإمام ولاية ذلك (وأما) حر به النهر فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في تقديره فعند أبي يوسف قدر نصف بطن النهر من كل جانب النصف من هذا الجانب والنصف من ذلك الجانب وعند محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه (وأما) النهر إذا حفر في أرض الموات فمنهم من ذكر الخلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه والصحيح أن له حر بها بخلاف ما قلنا (وأما) الثاني حكم الوظيفة فإن أحياءها مسلم قال أبو يوسف إن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية وإن كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية وقال محمد إن أحياءها من العشر فهي عشرية وإن أحياءها من الخراج فهي خراجية وإن أحياءها من العشر فهي عشرية وإن أحياءها من الخراج فهي خراجية وهي من مسائل كتاب العشر والخراج والله تعالى عز شأنه أعلم



## كتاب المفقود

الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان حكمه وفي بيان ما له  
(أما) الأول فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلد ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت  
فصل ١ وأما حال المفقود فعبارة مشابغة لما في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص  
الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ولكن معنى هذه العبارة أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيا كان له  
فلا يرث ماله ولا يبين أمره أنه كان له حقيقة وتجرى عليه أحكام الأموات فيا لم يكن له فلا يرث أحد ما كان له ميت  
حقيقة لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لإثبات ما لم يكن وماله في أحكام  
أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لا بقاءه وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتتبع الحاجة إلى الإثبات  
واستصحبنا حال لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن وتحقيق العبارة عن حاله غير معلوم يحتمل أنه حي ويحتمل أنه  
ميت وهذا يمنع التوارث واليئونة لأنه إن كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا يبين أمره أنه كان ميتا لا يرث أقاربه  
ويرثونه والأرث من الجانبين أمر لم يكن ثابتا يبين وقوع الشك في نبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك اليئونة  
على الأصل المعبود في الثابت يبين لا يزول بالشك وغير الثابت يبين لا يثبت بالشك فإذا مات واحد من أقاربه  
يوقف نصيبه إلى أن يظهر حاله أنه حي أم ميت لا احتمال الحياة والموت للحال حتى أن من هلك وترك ابنا مفقودا أو بنتين  
وابن ابن وطلبت الابنتان الميراث فإن القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني إلى أن يظهر حاله أنه  
ان كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شيء لابن الابن وإن كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي  
لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا يبين في دفع ذلك اليهما ويوقف النصف الآخر إلى أن يظهر حاله  
فإن لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان اليهما والباقي لابن الابن وكذا الوأوصى له بشي يوقف  
وكذا إذا فقد المرتد ولا يدرى أنه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم

فصل ٢ وأما بيان ما يصنع بماله فالذي يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من نصيبه للحفظ لأنه مال  
لا حافظ له لعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي نظرا لأنه يحفظ مال الصبي والجنون الذي لا ولي لهما ومنها  
أنه يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ منه لأن ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يده مودعه ومضاربه  
ليحفظه لأن يدهما يدنيا به عنه في الحفظ فكان محفوظا يحفظه معنى فلا حاجة إلى حفظ القاضي ومنها أنه ينفق على  
زوجته من ماله إن كان عالما بالزوجة لأن الاتفاق عليها أحياء لها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه  
عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله ومنها أنه ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والانات وعلى أولاده  
الفقراء الزمنى من الذكور والفقيرات من الاناث سواء كن زمنى أو لا وعلى والديه المحتاجين إن كان عالما بالنسب لأن  
ثقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والبعضية أحياء لهم وأحياء نفسه واجب فكذا أحياء جزئيه وكله فكان الاتفاق  
عليهم من ماله أحياء لهم معنى وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وإن لم يعلم القاضي بالزوجة والنسب فأحضروا  
رجلا في يده مال ودية للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فافقر الرجل بذلك وبالزوجة والنسب أتفق عليهم من ذلك  
المال لأن للمرأة أن تأخذ ثقتهم من مال زوجها إذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لا امرأة أبي  
سفيان خذ من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فإذا أقر أن هذا ماله وهذه أمه أنه ثبت لها حق الأخذ  
وكذا في الأولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فإذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الأخذ  
وهذا قول أصحاب الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول  
ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللقاضي ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في  
كتاب النفقات ولو أخذ القاضي منهم كفيلا كان حسنا لجواز أن يحضر المفقود فيقيم البيعة على أنه كان طلق أمره أو

كان أعطاه النفقة معجلة هذا إذا أقر الرجل بهما فامدا أنكرهم جميعا أو أقر بأحدهما دون الآخر فاقاموا البيعة  
على ذلك لا تسمع بينهم لأنه يكون قضاء على الغائب ولهم من غير أن يكون عنه وله ختم حضر لأن المودع والمضارب  
والمرء ليسوا أخصاء عن الغائب في إثبات الزوجية وإنجاب النفقة عليه وكذا الأولاد والوالدون والمرأة ليسوا أخصاء  
لغائب في إثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فإن أعطوه شيئا فهو من مال أنفسهم لأنهم متطوعون في ذلك ولا  
ينفق من ماله على من سواهم من ذوي الأرحام لأن نفقتهم ليست بعلة الجزئية والبعضية لعدم ما بل بطريق الصلة والبر  
بهم والاحسان اليهم لا ترى أنهم ليس لهم أن يمدوا أيديهم فيأخذوا من ماله عند حاجتهم إليه بخلاف الوالدين  
والمولودين فكان الاتفاق من ماله قضاء على الغائب والأصل أن كل مال ثبت حق الأخذ منه للمنفق عليه من غير  
قضاء القاضي له أن ينفق منه وما لا يثبت حق الأخذ منه لا قضاء ليس للقاضي أن ينفق منه ثم القاضي إنما ينفق من  
مال المفقود على ما ذكرنا إذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعاما أو نيا بام من جنس كسوتها فاما إذا كان من جنس  
آخر من العروش والعقار فلا ينفق لأنه لا يمكنه الاتفاق بالبيع وليس للقاضي أن يبيع العقار والعروش على الغائب  
بالإجماع لأن البيع على الغائب في معنى الحجر عليه والحجر على الحر لا يلغ لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما أن جاز  
على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لأن الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء  
من ثمن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الاتفاق فافتقر الخالان وإنما ملك بيع  
ما يتسارع إليه الفساد لأن ذلك وإن كان بيعا صورة فهو حفظ وأمسك له معنى والقاضي يملك حفظ مال المفقود وأما  
الاب فليس له أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير إذن القاضي بالإجماع وأما المتقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من  
غير أمر القاضي وعندهما لا يبيع المتقول كالأب يبيع العقار لما علم في كتاب النفقات والله تعالى أعلم

فصل ٣ وأما حكم ماله فهو أنه إذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش إليها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده  
ومدبره وتبين أمره ويصير ماله ميراثا لورثته الأحياء وقت الحكم ولا شيء لمن مات قبل ذلك ولم يقدر لتلك المدة في  
ظاھر الرواية تقديرا وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد في  
الأصل أنه فقد رجل بصفين أو بالجل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة عليه الرحمة قسم بينهم وقيل كانت  
وفاة سيدنا علي رضي الله عنه في سنة أربعين و وفاة أبي حنيفة رضي الله عنه في سنة مائة وخمسين وروى عن محمد  
رحمة الله أنه قدرها بمائة سنة فإذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته وتثبت جميع الأحكام المتعلقة بالمدة كما إذا قامت البيعة  
على موته والله سبحانه وتعالى أعلم

## كتاب اللقيط

الكلام في اللقيط في مواضع في تفسير اللقيط لغة وعرفا وفي بيان حاله وفي بيان ما يتعلق به من الأحكام أما في  
اللغة فهو فعل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المتعول وهو الملقط وهو الملقى أو الأخذ والرفع بمعنى الملقط وهو المأخوذ  
والمرفوع عادة لأنه يؤخذ فيرفع وأما في العرف فتقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع  
عادة فكان تسميته لقيطا باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال  
الله تعالى جل شأنه أني أراي أعصر خمرا وقال الله تعالى جل شأنه أنك ميت وأنهم ميتون سمي العنب خمرا والحي  
الذي يحتمل الموت ميتا باسم العاقبة كذا هذا

فصل ١ وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها حاله في الحرية والرق وحاله في النسب أما حاله في  
الحرية والرق فهو أنه حر من حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما أنهما حكما بكون اللقيط  
حرأولاً لأن الأصل هو الحرية في بني آدم لأن الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء وهما كانا







يصف أحدهما العلامة بحكم بكونه ابنهما أذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فإن أقام أحدهما البيعة فهو أولى به وإن أقام جميعا البيعة بحكم بكونه ابنهما لا نه ليس أحدهما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه في مثل هذا أنه قال إنه ابنهما برئانه وهو للثاني منهما فإن ادعاه أكثر من رجلين فأقام البيعة روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه سمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك وقال محمد تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك هذا إذا كان المدعى رجلا فإن كانت امرأة فادعته أنه ابنها فإن صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو قامت البيعة تحت دعوتها والأفلا لا فيه حمل نسب الغير على الغير وأنه لا يجوز لما ذكره في كتاب الاقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت أحدهما البيعة فهي أولى به وإن أقامت جميعا فهو بينهما عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان في رواية أبي حفص يحمل ابنهما وفي رواية أبي سليمان لا يحمل ابن واحدة منهما والله سبحانه وتعالى أعلم

٤٦٤ - ٥٠٥

### كتاب اللقطة

الكلام في اللقطة في مواضع في بيان أنواعها وفي بيان أحوالها وفي بيان ما يصنع بها أما الأول فنوعان من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكة ونوع من الحيوان وهو الضالة من الابل والبقر والغنم من البهائم إلا أنه يسمى لقطة من اللقط وهو الاخذ والرفع لا نه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع على ما ذكرنا في كتاب اللقيط

**فصل** وأما بيان أحوالها فمنها في الأصل حالان حال ما قبل الاخذ وحال ما بعده ما قبل الاخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الاخذ وقد يكون مباح الاخذ وقد يكون حرام الاخذ أما حالة التنب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فآخذها لصاحبها أفضل من تركها لأنه إذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها أحياء لعمال المسلم معنى فكان مستحبا والله تعالى أعلم وأما حالة الإباحة فهو أن لا يخاف عليها الضيعة فآخذها لصاحبها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله إذا خاف عليها يجب أخذها وإن لم يخف يستحب أخذها وزعم أن الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعا لها والتضييع حرام فكان الاخذ واجبا وهذا غير سديد لأن الترك لا يكون تضييعا بل هو امتناع من حفظ غير مازم والامتناع من حفظ غير مازم لا يكون تضييعا كالا امتناع عن قبول الوديعة وأما حالة الحرمة فهو أن يأخذها لنفسه لا لصاحبها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يأوى الضالة الا ضال والمراد أن يضمها الى نفسه لا جل نفسه لا لجل صاحبها بالرد عليه لأن الضم الى نفسه لا لجل صاحبها ليس بحرام ولا نه أخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه فيكون بمعنى الغصب وكذلك لقطة البهيمة من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التقاطها أصلا واحتج بما روى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال مالك ولها معها إذاؤها وستأؤها ترد الماء وترعى الشجر دعها حتى تلقاها ربهما نهى عن التعرض لها وأمر بترك الاخذ فدل على حرمة الاخذ (ولنا) ما روى أن رجلا وجد بعيرا بالحرمة فعرفه ثم ذكره لسيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لسيدنا عمر قد شغلني عن ضيعتي فقال سيدنا عمر أرسله حيث وجدته ولأن الاخذ حال خوف الضيعة أحياء لعمال المسلم فيكون مستحبا وحال عدم الخوف ضرب احراز فيكون مباحا على ما ذكرنا وأما الحديث فلا حجة له فيه لأن المراد منه أن يكون صاحبها قريبا منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى تلقاها ربهما وإنما يقال ذلك إذا كان قريبا أو كان رجاء اللقاء ثابتا ونحو به تقول ولا كلام فيه والدليل عليه أنه لما سأل عن ضالة الغنم قال خذها فانها لك أو لا خيك أول الذئب دعاه الى الاخذ ونه على المعنى وهو خوف الضيعة وأنه موجود في الابل والنص الوارد فيها أولى أن يكون واردا في الابل وسائر البهائم دلالة إلا أنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما في الجواب من حيث الصورة لهجوم الذئب على الغنم إذا لم يلقها ربهما إعادة بعيدا كان أو قريبا وكذلك الابل لأنها تذب عن نفسها عادة هذا الذي

ذكرنا حال ما قبل الاخذ وأما حال ما بعده فلها بعد الاخذ حالان في حال هي أمانة وفي حال هي مضمونة أما حالة الأمانة فهي أن يأخذها لصاحبها لأنه أخذها على سبيل الأمانة فكانت بدهيد أمانة كيد المودع وأما حالة الضمان فهي أن يأخذها لنفسه لأن المأخوذ لنفسه مضمون وهذا لا خلاف فيه وإنما الخلاف في شيء آخر وهو أن جهة الأمانة إنما تعرف من جهة الضمان أما بالتصديق أو بالشهاد عند أبي حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت فجاء صاحبها وصدق في الاخذ لا يجب عليه الضمان بالاجماع وإن لم يشهد لأن جهة الأمانة قد ثبتت بتصديقه وإن كذبه في ذلك فكذلك عند أبي يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه وأما عند أبي حنيفة فإن أشهد فلا ضمان عليه لأنه بالشهاد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن بدهيد أمانة وإن لم يشهد يجب عليه الضمان ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لأنه أقر بالغصب والمغصوب مضمون على الغاصب وجده قوله ما أن الظاهر أنه أخذها لنفسه لأن الشرع إنما مكنته من الاخذ بهذه الجهة فكان إقدامه على الاخذ دليلا على أنه أخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهد له فكان القول قوله ولكن مع الخاف لأن القول قول الأمين مع اليمين ولا يبي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب لجوب الضمان في الأصل إلا أنه إذا كان الاخذ على سبيل الأمانة بان أخذها لصاحبه فيخرج من أن يكون سببا وذلك إنما يعرف بالشهاد فإذا لم يشهد لم يعرف كون الاخذ لصاحبه فبقي الاخذ سببا في حق وجوب الضمان على الأصل والثاني أن الأصل أن عمل كل إنسان له لا لغيره بقوله سبحانه وتعالى وأن ليس للإنسان الا ما سعى وقوله تعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت فكان أخذها للقط في الأصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه سبب لجوب الضمان لأنه غصب وإنما يعرف الاخذ لصاحبها بالشهاد فإذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو أخذ اللقطة ثم ردها الى مكانها الذي أخذها منه فلا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد في الموطأ وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما إذا ردها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها فاما إذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها الى مكانها يضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل وقال الشافعي رحمه الله يضمن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وجه قوله أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فإذا ردها الى مكانها فقد تضييعها بترك الحفظ الملتزم فاشبه الوديعة إذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى ضاعت (ولنا) أنه أخذها محتسبا متبرعا ليحفظها على صاحبها فإذا ردها الى مكانها فقد فسخ التبرع من الأصل فصار كأنه لم يأخذها أصلا وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وإنما تبرع به وقدره بالرد الى مكانها فارتد وجعل كأن لم يكن هذا إذا كان أخذها لصاحبها ثم ردها الى مكانها فضاقت وصدق صاحبها فيه أو كذبه لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك فإن كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة وعندهما لا يجب أشهد أو لم يشهد ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها على ما ذكرنا ثم تفسير الاشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط بسمع من الناس أي التفتت لقطة أو عندى لقطة فأى الناس أشهدا فدلوه على أو يقول عندى شيء فمن رأيتوه يسأل شيئا فدلوه على فإذا قال ذلك ثم جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلك كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وإن كان عنده عشر لقطات لأن اسم الشيء واللقطة منكر أن كان يقع على شيء واحد ولقطة واحدة لغة لكن في مثل هذا الموضع رادها كل الجنس في العرف والعادة لا فرد من الجنس إذ المقصود من التعريف إيصال الحق الى المستحق ومطلق الكلام ينصرف الى المعارف والمعتاد فكان هذا اشهادا على الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك لأنه ظهر أنه أخذها غصبا فكان الواجب عليه الرد الى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده فإذا عجز عن رد العين يجب عليه بدلها كما في الغصب وكذلك إذا أخذ الضالة ثم أرسلها الى مكانها الذي أخذها منه فحكمها حكم اللقطة لأن هذا أحد نوعي اللقطة وقد روي في هذا الباب عن سيدنا عمر رضي



الله عنه أنه قال لو أجد البعير الضال أرسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان

**فصل** وأما بيان ما يصنع بها فتقول والله التوفيق إذا أخذ اللقطة فإنه يعرفها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عرفها حولاً حين سئل عن اللقطة وروى أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما فقال إني وجدت لقطة فما تأمرني فيها فقال عرفها سنة وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال ثم يقول الكلام في التعريف في موضعين أحدهما في مدة التعريف والثاني في بيان مكان التعريف أمامدة التعريف فيختلف قدر المدة لا اختلاف قدر اللقطة أن كان شيئاً له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعداً يعرفه حولاً وإن كان شيئاً قيمته أقل من عشرة يعرفه أياماً على قدر ما يرى وروى الحسن بن زيد عن أبي حنيفة أنه قال التعريف على خطر المال أن كان مائة ونحوها عرفها سنة وإن كان عشرة ونحوها عرفها شهراً وإن كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال عشرة وإن كان درهما ونحوه عرفه ثلاثة أيام وإن كان دنانير ونحوه عرفه يوماً وإن كان نمرة أو كبيرة تصدق بها وأما تكمل مدة التعريف إذا كان مما لا يتسارع إليه الفساد فإن خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها وأما مكان التعريف فلا سواق وأبواب المساجد لأنها تجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع إلى تشهير الخبر ثم إذا عرفها فإن جاء صاحبها وقام البينة أنهما ملكه أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وإن لم يبق البينة ولكن ذكر العلامة بأن وصف عقاصها ووكاءها ووزنها وعددها محل للملتقط أن يدفع إليه وإن شاء أخذ منه كفيلاً لأن الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع في الجسلة كما في اللقيط إلا أن هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر لأن هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى مع العلامة أولى وهنا لا عبرة بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز أن لا يجبر على الدفع مع العلامة ولكن محل له الدفع وله أن يأخذ كفيلاً لجواز محبي آخر فیدعها ويقيم البينة ثم إذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار أن شاء أمسكها إلى أن يحضر صاحبها وإن شاء تصدق بها على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها فإن كان غنياً لا يجوز أن ينتفع بها عندنا وعند الشافعي رحمه الله إذا عرفها حولاً ولم يحضر صاحبها كان له أن ينتفع بها وإن كان غنياً وتكون قرضاً عليه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن سأل عن اللقطة عرفها حولاً فإن جاء صاحبها والافشأ بك بها وهذا إطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله أنه فقير أو غني بل أن الحكم لا يختلف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة فإن جاءه صاحبها فليرد لها عليه وإن لم يأت فليصدق ولا استدلال به من وجهين أحدهما أنه نفي الحل مطلقاً وحالة الفقر غير مرادة بالاجماع فتعين حالة الغنى والثاني أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة للفقير دون الغنى وإن الانتفاع بمال المسلم بغير إذنه لا يجوز إلا للضرورة ولا ضرورة إذا كان غنياً وأما الحديث فلا حجة فيه لأن قوله عليه الصلاة والسلام فشاها نكها إرشاداً إلى الاشتغال بالحفظ لأن ذلك كان شأنه المعبود باللقط إلى هذه الغاية أو يحمله على هذا توفيقاً بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض وإذا تصدق بها على الفقراء فإذا جاء صاحبها كان له الخيار أن شاء أمضى الصدقة وله نوابها وإن شاء ضمن الملتقط أو الفقيران وجدته لأن التصديق كان موقوفاً على إجازته وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما في غاصب الغاصب وإن كان فقيراً فإن شاء تصدق بها على الفقراء وإن شاء أنفقها على نفسه فإذا جاء صاحبها أخيره بين الأجر وبين أن يضمها له على ما ذكرنا وكذلك إذا كان غنياً جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجه إذا كانوا فقراء وكل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لقطة الحرم تعرف أبداً ولا يجوز الانتفاع بها بحال واحتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في صفة مكة ولا تحل لقطتها إلا لمنشد أي لمن عرف فالمنشد المعروف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحل لقطة الحرم إلا للتعريف (ولنا) ما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له في الحديث لا نأقول بموجب أنه لا يحل التقاطها إلا

للتعريف وهذا حال كل لقطة إلا أنه خص عليه الصلاة والسلام لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها مدة تعين أن لا يستطع التعريف وكذلك حكم الضالة في جميع ما وصفتنا ونفرد بحكم آخر وهو النفقة فإن اتفق عليها أمر القاضي يكون ديناً على الكاهن أو أنفق بغير إذنه يكون متطوعاً فيبني أن رفع الأمر إلى القاضي ينظر في ذلك فإن كانت مبيعة بمحتمل الانتفاع به بطريق الإجارة أمره بأن يؤجرها وينفق عليها من أجرها نظراً للمالك وإن كانت مما لا يحتمل الانتفاع به بطريق الإجارة وخشى أن لو أنفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها وحفظ ثمنها مائة مائة في حكم الهلاك وإن رأى الأصلح أن لا يبيعها بل ينفق عليها أمره بأن ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها ويكون ذلك ديناً على صاحبها حتى إذا حضر يأخذ منه النفقة وله أن يجبس اللقطة بالنفقة كما يجبس المبيع بالثمن وإن أبي أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع إليه قدر ما أنفق والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الأبقار

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الآبق وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع به وفي بيان حكم ماله (أما) الأول فالآبق اسم لرقيق يهرب من مولاه وأما حاله فحال اللقطة قبل الأخذ وبعدة وقد ذكرنا تفاصيله في كتاب اللقطة

**فصل** وأما بيان ما يصنع به فتقول والله التوفيق إذا أخذ الآبق لصاحبه فإن شاء الأخذ أمسكه على صاحبه حتى يحبيء فيأخذه وإن شاء ذهب به إلى صاحبه فردده عليه فإن أمسكه فجاء إنسان وادعى أنه عبده فإن أقام البينة دفعه إليه وأخذ منه كفيلاً إن شاء لجواز أن يحبيء آخر فیدعها ويقيم البينة ثم إذا عرفها ولم يحضر صاحبها ولكن أقر العبد بذلك دفعه إليه أيضاً لأنه ادعى شيئاً لا ينافي فيه أحد فيكون له ويأخذ منه كفيلاً إن شاء لما قلنا وما أنفق عليه فإن كان باذن القاضي يرجع به على صاحبه والأفلا لأنه يكون متطوعاً فإن طالت المدة ولم يحبيء له طالب باعه القاضي وأخذ ثمنه يحفظه على صاحبه لأن ذلك حفظ له معنى فإن باعه وأخذ ثمنه ثم جاء إنسان وأقام البينة أنه عبده دفع الثمن إليه وليس له أن ينتقض البيع لأن البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية لأنه من باب حفظ ماله إذ لو لم يبيع لانت النفقة على جميع قيمته فيضيع المال فكان بيعه حفظاً له من حيث المعنى والقاضي يملك مال الغائب ولهذا يبيع ما يتسارع إليه الفساد ولو زعم المدعي أنه قد كان دبره أو كاتبه لم يصدق في قرض البيع لما قلنا وينفق القاضي عليه في مدة حبسه إياه من بيت المال ثم إذا جاء صاحبها أخذه من صاحبه أو من ثمنه إن باعه لأن الاتفاق عليه إحياء ماله فيكون عليه وإذا جاء بالآبق له أن أمسكه بالجعل لأنه إذا جاء به فقد استحق الجعل على ماله فكان له حق حبسه بالجعل كما يجبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو هلك في حال الجبس لضمان عليه لكن يستط الجعل كما لضمان على البائع هلاك المبيع المحبوس بالثمن لكن يستط الثمن عن المشتري ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الرقيق في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية وهذه المسئلة في كتاب القاضي في بيان شرائط قبول كتاب القاضي إلى القاضي

**فصل** وأما بيان حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحقاق الكلام في الجعل في مواضع في بيان أصل الاستحقاق وفي بيان سببه وفي بيان شرطه وفي بيان ما يستحق عليه وفي بيان قدر المستحق (أما) أصل الاستحقاق فتأبى عندنا استحقاق الجعل عندنا استحقاق القياس أن لا يثبت أصلاً كما لا يثبت برد الضالة وقال الشافعي رحمه الله يثبت بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الأخذ الجعل على المالك وجب والأفلا (وجه) قول الشافعي رحمه الله أنه رد مال الغير عليه محتسباً فلا يستحق الأجر كما لو رد الضالة إلا إذا شرط فيجب عليه بحكم الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن عليه الرحمة عن أبي عمر والشيباني أنه قال كنت قاعداً عند عبد الله



ابن مسعود جاء رجل فقال قدم فلان بانيق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجر افتال عبد الله رضي الله عنه وجعلان شاء من كل رأس درهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا جعل الا بيق صيانة عن الضياع لانه لا يتوصل اليه بالطلب عادة اذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضاع ولا يؤخذ لصاحبه ويتحمل مؤنة الاخذ والرد عليه بجائنا بلا عوض عادة واذا علم أن له عليه جملا يحمل مشقة الاخذ والرد طمعا في الجعل فتحصل الصيانة عن الضياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الا بيق عن الضياع وصيانة المال عن الضياع واجب فكان المالك شارطا للاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضالة لان الدابة اذا ضلت فانتهر في المراعى المألوفة فيمكن الوصول اليها بالطلب عادة فلا تضيق دون الاخذ فلا حاجة الى الصيانة بالجعل فان أخذه أحد كان في الاخذ والرد محتسبا فلا يستحق الاجر فهو الفرق وأما سبب استحقاق الجعل فهو الاخذ لصاحبه لانه طريق الصيانة على المالك وهو معنى التسبب

**فصل** وأما شرائط الاستحقاق فأنواع (منها) الرد على المالك لان الصيانة تحصل عنده وهو معنى الشرط ان توجد العلة عند وجوده حتى لو أخذه فمات أو أبق من يده قبل الرد لا يستحق الجعل ولو أخذه فأبق من يده فأخذه غيره فرده على المالك فالجعل للثاني ولا شيء للاول لانه لما أبق من يده فقد انسخ ذلك السبب أو بقي ذلك سببا محضالا لعدم شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثاني فكان الاول صاحب سبب محض والسبب المحض لا حكم له والثاني صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الراد واحدا والآبق اثنين فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما ولو كان الراد اثنين والآبق واحد فلهما جعل واحد بينهما نصفان لا شترأ كهما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحدا والآبق واحد أو المالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما ولو جاء بالآبق فوجد المالك قد مات فله الجعل في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بالرد على التركة ثم ان كان عليه دين محيط بماله فهو أحق بالعبد حتى يعطى الجعل لما ذكرنا وان لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون فيباع العبد ويبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لانه كان أحق بحبسه من بين سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمرتهن هذا اذا جاء به أجني فوجد المالك قد مات فأما اذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان المالك حيا وقت الاخذ وعند أبي يوسف لا جعل له وان كان حيا وقت الاخذ اذ مات قبل الوصول اليه (وجه) قوله انه فاق شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد على نفسه (وجه) قولهما أن المجبي به من مسيرة ثلاثة أيام مثلا في حال حياة المالك على قصد الرد على المالك فيستحق الجعل كما اذا وجد حيا ولهذا لو كان الراد أجنيا استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فأعتقه مولا قبل أن يرده عليه أو باعه منه فله الجعل لما ذكرنا أن المجبي به على قصد الرد على المالك رد عليه ويجب الجعل رد الآبق المهرن لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه يجب على المرتهن لان منفعة الصيانة رجعت اليه ألا ترى انه لو ضاع سقط دينه بقدر قيمته فاذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الراد بالمال أو بصياحرا أو عبد لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا أن الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل له سواء كان وارثا أو أجنيا لانه اذا كان في عياله كان الردمه بمنزلة رد المالك ولانه اذا كان في عياله كان في الرد عليه عاملا لنفسه لان منفعة الرد تعود اليه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره والا حصل أن الراد اذا كان في عيال المالك لا جعل له كائنا ما كان وان لم يكن في عياله فله الجعل كائنا ما كان الا بالبن رد بآبق ابيه والزوج رد بآبق زوجته لانه لا جعل لهما وان لم يكونا في عياله لانه لان الابن وان لم يكن في عيال أبيه فالردمه بحري بحري الخدمة لايه والابن لا يستحق الاجر بخدمة أبيه لانها

مستحقة عليه ولهذا الواستأجر ابنه لخدمته لا يستحق الاجر بخلاف الاب مع ما أن الاولاد في العادات يحفظون أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الارث فكان راد أعبد نفسه معنى اذ كان باردا عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر وكذلك الزوج اذا راد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى لانه ينتفع بها عادة وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد منهما الا آخر فلا يستحق الجعل (وأما) الاب اذا راد عبد ابنه فان كان في عياله لا جعل له لان الاجني الذي في عياله لا جعل له فلقراءة أولى وان لم يكن في عياله فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعاً وشرعاً وعقلاً ولهذا لو خدم بالاجر وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الآباء لا يحفظون أموال الاولاد للانتفاع بها بطريق الارث لان موتهم يتقدم موت الاولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افرق الامران وعلى هذا سائر ذوى الارحام من الاخ والعمة والخال وغيرهم أن الراد ان كان في عيال المالك لا جعل له لما قلنا وان لم يكن في عياله فله الجعل وعلى هذا الوصي اذا راد عبد اليتيم لا جعل له لان اليتيم في عياله وحفظ ماله مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصي اذا راد عبد اليتيم لان رد عبده كرده (ومنها) أن يكون المردود مرقوقاً مطلقاً كالقن والمدبر وأم الولد حتى لو كان مكاتباً لا جعل له لانه ليس بمرقوق على الاطلاق بل هو فابرجع الى مكاسبه حر وله الممتنا وله مطلق اسم المملوك في قول الرجل كل مملوك لي حر الا بالنية بخلاف المدبر وأم الولد ولان استحقاق الجعل معلول بالصيانة عن الضياع ولا حاجة الى الصيانة في المكاتب لانه لا يهرب عادة لان العقد في جانبه غير لازم فلو لم يسد على بدل الكتابة يعجز نفسه بالآباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد لانهما يستخدمان عادة فلعلمهما يكفان مالا يطيقان فيحملهما ذلك على الحرب فتنت الحاجة الى الصيانة بالجعل كما في القن الا أن الفرق بينهما وبين القن انه اذا جاء بالقن وقدمات المولى قبل أن يصل اليه فله الجعل وان جاء بالمدبر وأم الولد وقدمات المولى قبل الوصول اليه لا جعل له (وجه) الفرق ظاهر لانهما يعتقان بموت السيد فلم يوجد رد المرقوق أصلاً فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** وأما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك اذا أبق من يده لان الجعل مؤنة الرد ومنفعة الرد عائدة الى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان ولو أبق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد تعود اليه باعتبار الحبس الذي هو وسيلة الى استيفاء الدين فان كان في قيمة العبد فضل على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن والزيادة على الرهن والله عز وجل أعلم

**فصل** وأما بيان قدر المستحق فينظر ان رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله أر بعون درهم المار وينا من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وان رده دون ذلك فبحسابه وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه لان الواجب بمقابلة العمل فيقدره الا أن الزيادة على مدة السفر نسقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب في المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينقص بنقصانه هذا اذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل فان كانت مثل الجعل أو أقل منه ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له الجعل تاما وان كانت قيمة العبد درهمين واحدا واحتج بمار وينا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال من كل رأس أر بعين درهم اعتبر الرأس دون القيمة (وجه) قولهما ان الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في هذه الصيانة لو اعتبر الرأس دون القيمة لانه ان كان يصان من وجه يضيع من وجه آخر فلا فرق بين الضياع وترك الاخذ والامساك وبين الضياع بالجعل فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيدا والحديث محمول على ماذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أر بعين درهمها توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان والله عز وجل أعلم



## كتاب السباق

الكلام في هذا الكتاب في موضعين في تفسير السباق وفي بيان شرائط جوازه (أما) الأول فالسباق فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الابل ونحو ذلك فيقول إن سبقتك فكذا وإن سبقتني فكذا ويسمى أيضا رانافا من الرهن

**فصل** وأما شرائط جوازه فأنواع (منها) أن يكون في الأنواع الاربعه الخافر والخف والنصل والقدم لا في غيرهما لروى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا سبق الا في خف أو حافر أو نصل الا أنه زبد عليه السبق في القدم بحديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها فقها وراه بقى على أصل النفي ولا نه لعب واللعب حرام في الأصل الا أن اللعب بهذه الاشياء صار مستثنى من التحريم شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الاشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم اذا لا استثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث وبما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال ان العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت في سباق فدفعته يومافى ابل فسبقت فكانت على المسلمين كآبة اذ سبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الناس اذا رفعوا شيئا أو ارادوا رفع شي وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها قالت سبقت النبي عليه الصلاة والسلام فسبقت فلاحملت اللحم سابقته فسبقتي فقلت هذا ابتلاك فصارت هذه الأنواع مستثناة من التحريم فبقى ما وراءها على أصل الحرمة ولان الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد في غيرها وهو الرياضة والاستعداد لأسباب الجهاد في الجملة فكانت لعبا بصورة رياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزا اذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعبا لكان اللعب اذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراما ولهذا استثنى ملاعبة الالهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهرة الداعية الى الوطء الذي هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد في غير هذه الاشياء فلم يكن في معنى المستثنى فبقى تحت المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين الا اذا وجد فيه محلا حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعا ولم يدخل فيه محلا لا يجوز لانه في معنى التماريح أو يقول أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلي عليك كذا قبل الآخر ولو قال أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلا شيء عليك فهو جائز لان الخطر اذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل التماريح فيحمل على التحريم على استعداد أسباب الجهاد في الجملة بمال نفسه وذلك مشروع كالتمثيل من الامام وبل أولى لان هذا يتصرف في مال نفسه بالبدل والامام بالتفصيل يتصرف فيما لغيره فيه حق في الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك فهذا الجواز أولى وكذلك اذا كان الخطر من الجانبين ولكن ادخلا فيه محلا بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل ان سبق أخذ الخطر وان لم يسبق لا يغرر شيئا فهذا مما لا بأس به أيضا وكذلك ما فعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منك فله كذا فهو جائز لما بينا ان ذلك من باب التحريم على استعداد أسباب الجهاد خصوصاً من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد ثم الامام اذا حرض واحدا من الغزاة على الجهاد بأن قال من دخل هذا الحصن أولا فله من النفل كذا ونحوه جاز كذا هذا وبل أولى لما بينا (ومنها) أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الاشياء الاربعه حتى لو كانت فيما يعلم انه يسبق غالبا لا يجوز لان معنى التحريم في هذه الصورة لا يتحقق فبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا ولعبا والله تعالى أعلم

## كتاب الودعة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان حال المعقود عليه وفي بيان ما يوجب تغير حاله (أما) ركنه فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول لغيره أو دعك هذا الشيء أو احفظ هذا الشيء على أوخذ هذا الشيء وديعة عندك وما يجرى مجراه وبقوله الا آخر فاذا وجد ذلك فقد تم عقد الودعة

**فصل** وأما شرائط الركن فأنواع (منها) عقل المودع فلا يصح الا بداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الا بداع من الصبي المأذون لان ذلك مما يحتاج اليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجار وعند الشافعي رحمه الله يملك التجار فلا يملك توابعها على ما نذكر في كتاب المأذون وكذا حرته ليست بشرط فيملك العبد المأذون الا بداع لما قلنا في الصبي المأذون (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الودعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ (وأما) بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الودعة من الصبي المأذون لانه من أهل الحفظ ألا ترى انه إذا أذن له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الاذن له سفها (وأما) الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الودعة منه لانه لا يحفظ المال عادة ألا ترى انه يمنع منه ماله ولو قبل الودعة فاستهلكها فان كانت الودعة عبدا أو أمة يضمن بالاجماع وان كانت سواهما فان قبلها باذن الولي فكذلك وان قبلها بغير اذنه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يضمن (وجه) قوله أن ابداعه لو صح فاستهلك الودعة بوجوب الضمان وان لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان اذا كانت الودعة عبدا أو أمة (وجه) قوله أن ابداع الصبي المحجور اهلا لك للمال معنى فكان فعل الصبي اهلا لك مال قائم صورة لا معنى فلا يكون مضمونا عليه ودلالة ما قلنا انه لما وضع المال في يده فقد وضع في يد من لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعا ولا شك انه لا يجب عليه حفظ الودعة شرعا لان الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه والدليل على انه لا يحفظ الودعة عادة انه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع اليه قال الله تبارك وتعالى فان آتسّم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم وهذا فارق المأذون لانه يحفظ المال عادة ألا ترى انه دفع اليه ماله ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع اليه سفها بخلاف ما اذا كانت الودعة عبدا أو أمة لان هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضا وانما يجب عليه ضمان الدم لان الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الادنى لا ضمان المال والعبد من حيث انه آدمى قائم من كل وجه قبل الا بداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترب عليه أحكام العقد لانه يحتاج الى الا بداع والاستداع على ما نذكر في كتاب المأذون (وأما) العبد المحجور فلا يصح منه القبول لانه لا يحفظ المال عادة ولو قبلها فاستهلكها فان كانت عبدا أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو القداء وان كانت سواهما فان قبلها باذن وليه يضمن بالاجماع وان قبلها بغير اذن وليه لا يؤخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يؤخذ به في الحال والكلام في الطرفين على حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور

**فصل** وأما بيان حكم العقد فكمه لزوم الحفظ للمالك لان الا بداع من جانب المالك استحقاق ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والكلام في الحفظ في موضعين أحدهما فيما يحفظ به والثاني فيما فيه يحفظ (أما) الأول فلا استحقاق لا يخلو من أن يكون مطلقا أو مقيدا فان كان مطلقا فالمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله وهو الذي يسكن معه ويؤنه فيكفيه



طعامه وشرابه وكسوته كائن من كان قريبا أو اجنبا من ولده وامر أنه وخدمه وأجير له لا الذي استأجره بالدرهم والدنانير ويبد من ليس في عياله من يحفظ ماله بنفسه عادة كشر بكمه المفاوض والعمان وعبد المأذون وعبد المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يحفظ الأبيد نفسه إلا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه حتى لو فعل بدخل في ضمانه (وجه) قوله أن العتد تناوله دون غيره فلا يملك الأيداع من غيره كالأيداع سائر الأجناب (ولنا) أن الملتزم بالمقدور الحفظ والآنسان لا يلزم بحفظ مال غيره عادة إلا بما يحفظ به مال نفسه وأنه يحفظ مال نفسه بيده مرة ويدهو لاء أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضا فكان الحفظ بأيديهم داخلا تحت العقد دلالة وكذلك أن يرد الوديعة على أيديهم حتى لو هلك قبل الوصول إلى المالك لا ضمان عليه لأن يدهم يد المودع معنى فإدام المالك في أيديهم كان محفوظا بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة إلى غيره إلا لعذر حتى لو دفع تدخل في ضمانه لأن المالك ما رضى بيده إلا يرى أنه لا يرضى مال نفسه بيده فإذا دفع فقد صار مخالفا تدخل الوديعة في ضمانه إلا إذا كان عن عذر بان وقع في داره حريق أو كان في السفينة غاف الفرق فدفعه إلى غيره لأن الدفع إليه في هذه الحالة تعين طريق الحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن فلو أراذ السفر فليس له أن يودع لأن السفر ليس بعذر ولو أودعها عند من ليس له أن يودعها فضاغت في يد الثاني فالضمان على الأول لا على الثاني عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد المالك بالخيار أن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني فإن ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني وإن ضمن الثاني يرجع به على الأول (وجه) قولهما أنه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الأول فلا نه دفع مال الغير إلى غيره بغير إذنه وأما الثاني فلا نه قبض مال الغير بغير إذنه وكل واحد منهما سبب وجوب الضمان فيخير المالك أن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني كودع الغاصب مع الغاصب غير أنه إن ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني لأنه ملك الوديعة بآداء الضمان فبين أنه أودع ماله نفسه أياه فهذا مودع هلك الوديعة في يده فلا شيء عليه وإن ضمن الثاني يرجع بالضمان على الأول لأن الأول غره بالأيداع فيلزمه ضمان الغرور كانه كفيل عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد اذ ضمان الغرور ضمان كفالة لما علم (وجه) قول أبي حنيفة أن يد المودع الثاني ليست بيده ما نعمة بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك فلا يصلح أن يكون سببا وجوب الضمان لأنه من باب الإحسان إلى المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغي أن لا يرجع الضمان على الأول أيضا لأن الأيداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسنا فيه إلا أنه صار مخصوصا عن النص فبقى المودع الثاني على ظاهره ولو أودع غيره وادعى أنه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك إلا بينة عند أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله كذا ذكر الشيخ القدوري رحمه الله لأن الدفع إلى غيره سبب وجوب الضمان في الأصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق إلا بحجة هذا إذا هلك الوديعة في يد المودع الثاني فاما إذا استهلكها فالمالك بالخيار أن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالاجماع غير أنه إن ضمن الأول يرجع بالضمان على الثاني وإن ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول لأن سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه أعجاز المالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الأول إلا الدفع إلى الثاني على طريق الاستحفاظ دون الأعجاز إلا أنه ألحق ذلك بالأعجاز شرعا في حق اختيار التضمين صورة لا نه بأس سبب الأعجاز فكان الضمان في الحقيقة على الثاني لأن إقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الأول على الثاني ولم يرجع الثاني على الأول بخلاف مودع الغاصب إذا هلك المقصوب في يده أن المالك يخير بين أن يضمن الغاصب أو يضمن المودع فإن ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع وإن ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا إذا أودع رجل من رجلين مالا فإن كان محتملا للتسمة اقتسامه وحفظ كل واحد منهما نصفه لا نه لا أودعه من رجلين فقد استحقهما جميعا فلا بد أن تكون الوديعة في حفظهما جميعا ولا تتحقق إلا بالتسمة ليكون النصف في يده والنصف في يده ذلك

والحل محتمل للتسمة فيقتسمان نصفين ولو سلم أحدهما النصف إلى صاحبه فضاغت من المسلم نصف الوديعة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئا بالاجماع ولو كانت الوديعة مالا محتمل للتسمة فلكل واحد منهما أن يسلم الكل إلى صاحبه وإذا قل فضاغت لا ضمان عليه بالاجماع وجه قولهما أن المالك لما استحفظها فقد رضى بيد كل واحد منهما على كل الوديعة كما إذا لم تكن الوديعة محتملة للتسمة (وجه) قول أبي حنيفة أن المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لا في كلها فكان راضيا بثبوت بكل واحد منهما على البعض دون الكل وهذا لما ذكرناه لما استحفظهما جميعا فلا بد أن يكون المال في حفظهما جميعا ولا يمكن أن يكون كله في يد كل واحد منهما للاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد أحدهما والنصف في يد الآخر فإذا كان الحل محتملا للتسمة لم يكن راضيا بكون الكل في يد أحدهما فإذا قل فقد خالفه فدخل في ضمانه فإذا ضاع ضمن بخلاف ما إذا لم يكن محتملا للتسمة لا نه إذا لم يحتمل تعذر أن يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد فكان راضيا بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التباين فلم يصير مخالفا بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا المرتبة والوكيلان بالشراء إذا كان المرهون والمشتري مما يحتمل التسمة فسامه أحدهما إلى صاحبه وأما الثاني وهو الكلام فيما فيه تحفظ الوديعة فإن كان المقدم مطلقا فله أن يحفظها في أيديهم في مال نفسه من داره وحائوته وكيسه وصندوقه لأنه ما التزم حفظها إلا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس له أن يحفظ في حرز غيره لأن حرز غيره في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده فلا يملكه بما في يده أيضا إلا إذا استأجر حرز لنفسه فله أن يحفظ فيه لأن الحرز في يده فإني الحرز يكون في يده أيضا فكان حافظا بيده نفسه فذلك ذلك وله أن يحفظ الحضر والسفر بان يسافر بها عند أبي حنيفة سواء كان للوديعة حمل ومؤنة أو لم يكن وعند أبي يوسف ومحمد أن كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافرة بها وإن لم يكن يملك وعند الشافعي رحمه الله لا يملك كيف ما كان أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أن المسافرة بالوديعة تضييع المال لأن المقارضة مضيمة قال النبي عليه أفضل التحية المسافر وماله على قلب الاماوق الله فكان التحويل إليها تضييعا فلا يملكه المودع (ولنا) أن الأمر بالحفظ صدر مطلقا عن تعيين المكان فلا يجوز التعيين إلا بدليل قوله المقارضة مضيمة قلنا ممنوع أو تقول إذا كان الطريق مخوفاً أما إذا كان آمنا فلا والكلام فيما إذا كان الطريق آمنا والحديث محمول على ابتداء الإسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق مخوفة ونحن به نقول وأما الكلام مع أصحابنا رضى الله عنهم فوجه قولهما أن في المسافرة بماله حمل ومؤنة ضرراً بالمالك لجواز أن يموت المودع في السفر فيحتاج إلى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك إلا بحمل ومؤنة عظيمة فيتضرر به ولا كذلك إذا لم يكن لها حمل ومؤنة ولا في حنيفة على نحو ما ذكرنا مع الشافعي رحمه الله أن الأمر بالحفظ لا يتعرض لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل قولهما فيه ضرر قلنا هذا النوع من الضرر ليس بغالب فلا يجب دفعه على أنه إن كان فهو الذي أضر بنفسه حيث أطلق الأمر ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له هذا إذا كان المقدم مطلقا عن شرط في الفصلين جميعاً فاما إذا شرط فيه شرطاً نظريه أن كان شرطاً يمكن اعتباره ويفيد اعتباراً ولا فلا بيان ذلك إذا أمره بالحفظ وشرط عليه أن يحفظه ليلاً ونهاراً ولا يضعها فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيته أو في بحر زفه ماله عادة فضاغت لا ضمان عليه لأن امساك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلاً غير مقتدر له عادة فكان شرطاً لا يمكن مراعاته فيلغو ولو أمره بالحفظ ونهاه أن يدفعها إلى امرأته أو عبده أو ولده الذي هو في عياله أو من يحفظ مال نفسه بيده عادة نظريه أن كان لا يجد بد آمن الدفع إليه أن يدفع لانه إذا لم يجد بد آمن الدفع إليه كان النهي عن الدفع إليه نهياً عن الحفظ فكان سقها فلا يصح نهيه وإن كان يجد بد آمن الدفع إليه ليس له أن يدفع ولو دفع بدخل في ضمانه لأنه إذا كان له منه بد في الدفع إليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد لأن الأبدى في الحفظ متفاوتة والأصل في الشرط اعتبارها ما أمكن ولو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه لأنه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد



لان الحفظ في المصر اكل من الحفظ في السفر اذا سفر موضع الخطر الا اذا خاف التلف عليها فاضطر الى الخروج بها  
 تخرج لا تدخل في ضمانه لان الخروج بها في هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما اذا وقع في داره حريق او كان في سفينة  
 تخاف الفرق فدفعها الى غيره ولو قال له احفظ الوديعة في دارك هذه لحفظها في داره اخرى فان كانت الدار ان في  
 الحرز سواء او كانت الثانية احرز لا تدخل في ضمانه لان التبيد غير مفيد وان كانت الاولى احرز من الثانية دخلت  
 في ضمانه لان التبيد به عند تفاوت الحرز مفيد وكذلك لو امره ان يضعها في داره في هذه القرية ونهاه عن ان يضعها  
 في داره في قرية اخرى فهو على هذا التفصيل ولو قال له احفظها في هذا البيت وأشار الى بيت معين في داره نجى بها في  
 بيت آخر في تلك الدار لا تدخل في ضمانه لان البيت من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة بخلاف الدارين فلا  
 يكون التعيين مفيداً حتى لو تفاوتان كان الاول احرز من الثاني تدخل في ضمانه والاصل المحفوظ في هذا الباب  
 ما ذكرنا ان كل شرط يمكن مراعاته وفيد فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا عندنا وعند  
 الشافعي رحمه الله يجب مراعاة الشروط في المواضع كلها حتى ان المأمور بالحفظ في بيت معين لا يملك الحفظ في بيت آخر  
 من دار واحدة وجه قوله ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه فلا يترك هذا الاصل الا للضرورة ولم  
 توجد وصار كالدارين والجواب نعم اذا تعلقت به عاقبة حميدة فاما اذا خرج مخرج السفه والعبث فلا لان التعيين عند  
 انعدام التفاوت في الحرز يجري مجرى العبث كما اذا قال احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك او احفظ في هذه الزاوية من  
 البيت ولا تحفظ في الزاوية الاخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوت في الحرز يصح بخلاف الدارين  
 والاصل في الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيداً حتى لو لم يختلف فالجواب فيها كالجواب في البيتين على ما مر  
 فصل ١٠ وأما بيان حال الوديعة فالحال انها في يد المودع امانة لان المودع مؤتمن فكانت الوديعة امانة في يده ويتعلق  
 بكونها امانة أحكام منها وجوب الرد عند طلب المالك لقوله تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى  
 أهلها حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن هذا اذا كانت الوديعة لرجل واحد فاما اذا كانت مشاعاً  
 لرجلين فجاء أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بان أودع رجلان رجلاً وديعة دراهم أو ديناراً او ثياباً او غاب ثم  
 جاء أحدهما وطلب بعضها وأبى المستودع ذلك لم يأمره القاضي بدفع شيء اليه ما لم يحضر الغائب عند أبي حنيفة وقال  
 أبو يوسف ومحمد قسم ذلك ويدفع اليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بلا خلاف حتى لو هلك الباقي في  
 يد المودع ثم جاء الغائب له ان يشارك صاحبه في المقبوض عندهم جميعاً ولو هلك المقبوض في يد القابض ثم جاء الغائب  
 فليس للقابض ان يشارك صاحبه في الباقي وجه قوله ما ان الاخذ بأخذ حصته متصرف في ملك نفسه فكان له  
 ذلك من غير حضرة الغائب كما اذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فانه يدفع  
 اليه حصته لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان المودع لو دفع شيئاً الى الشريك الحاضر لا يخلو اما ان يدفع اليه  
 من النصيبين جميعاً وأما ان يدفع اليه من نصيبه خاصة لا وجه الى الاول لان دفع نصيب الغائب اليه ممنوع شرعاً ولا  
 سبيل الى الثاني لان نصيبه شائع في كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما ولا يتميز الا بالقسمة والقسمة على الغائب  
 غير جائزة ولو سلمنا ذلك حتى قال اذا جاء الغائب وقد هلك الباقي له ان يشارك القابض في المقبوض ولو نفذت القسمة  
 لما شاركه فيه فتمحققة عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لان الغريم يدفع نصيب أحد  
 الشر يكتفي بدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهذا يدفع مال الغائب بغير اذنه فلا يستقيم القياس ولو كان في يده الالف  
 درهم فجاءه رجلان وادعى كل واحد منهما انه أودعه اياها فقال المودع أودعها أحداً كما ولست أدري أيكما هو فهذا في  
 الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان اصطلح المتدعيان على ان يأخذ الالف وتكون بينهما واما ان لم يصطلحا وادعى  
 كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلحا على ذلك فلهما ذلك وليس للمودع ان يتمتع عن تسليم  
 الالف اليهما لانه اقر ان الالف لاحدهما وادعى الصطلح على انها تكون بينهما لا يمنع عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا

المودع هذا الصلح وان لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع الى أحدهما شيئاً لجهة المقر له بالوديعة  
 ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما فلا يخلو اما ان يخلف لكل واحد منهما  
 واما ان يكل لكل واحد منهما واما ان يخلف لا أحدهما وبنكل لا آخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصومتهم  
 للحال ان وقت اقامة البيعة كما في سائر الاحكام وهل يملكان الاصطلاح على أخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف  
 فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد بن علي قولهما لا يملكان وعلى قول محمد بن علي  
 مسألة الصلح بعد الحلف وقد مر في كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالالف بينهما صنفين ويضمن القابض  
 بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعى ان كل الالف له فاذا نكل له والنكول بذل أو  
 اقرار فكانه بذل لكل واحد منهما الف أو اقرار لكل واحد منهما بالالف فيقضى عليه بينهما بالالف ويضمن أيضاً القابض  
 أخرى تكون بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة ولو حلف لا أحدهما ونكل لا آخر قضى بالالف للذي نكل  
 له ولا شيء للذي حلف له لان النكول حملة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الاداء الى المالك لان الله  
 أمر بآداء الامانات الى أهلها وأهلها مالها حتى لو ردها الى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها الى من هو في عيال المالك  
 دخلت في ضمانه حتى لو ضاعت ضمن بخلاف العارية فان المستعير لو جاء بتناع العارية وألقاها في دار المعير أو جاء  
 بالذابة فادخلها في اصطبله كان رد احيائها لان ظاهر النص الذي تلونا أن لا يصح الا انها ضارت مخصوصة عن  
 عموم الآيات فثبتت الوديعة على ظاهره ولان القياس في الموضوعين ما ذكرنا من لزوم الرد الى المالك الا اننا استحسننا في  
 العارية للعادة الجارية فيها ردها الى بيت المالك أو بدفعها الى من في عياله حتى لو كانت العارية شيئاً نفيساً كقندجوه  
 ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك في الاشياء النفيسة ولم تجر به العادة في مال الوديعة فثبت على أصل  
 القياس ولا منى الا بدفعه على السر والاعتناء عادة فان الانسان انما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من  
 المصلحة فلورده على غير ذلك لا يكشف السر اذا جاز زائنين يغشوا فيقوت المعنى المحمول له الا بدفعه بخلاف  
 العارية لان مبناها على الاعلان والاطهار لانها شرعت لحاجة المستعير الى استعمالها في حوائجها ولا يمكنه الاستعمال  
 سرا عن الناس عادة والرد الى غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق ومنها انه اذا ضاعت في يد المودع بغير  
 صنعته لا يضمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المثل الضمان ولا على المستودع  
 غير المثل الضمان ولان يده يد المالك فالهالك في يده كالهالك في يد المالك وكذلك اذا دخلها نقص لان نقصان هلاك  
 بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى ومنها ان المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع  
 هلكت أو قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فاقول قول المودع لان المالك يدعى على الامين امر اعارضاً  
 وهو التعدي والمودع مستصحب حال الامانة فكان متمسكاً بالاصل فكان القول قوله لكن مع التمين لان التهمة  
 قائمة قيساً تحلف دفعا للتهمة وكذلك اذا قال المودع استهلكتها من غير اذني وقال المودع بل استهلكتها أنت أو غيرك  
 بأمرك أن القول قول المودع لما قلنا ولو قال انها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها اليك لكنتي أو همت لم  
 يصدق وهو ضامن لانه نفى الرد بدعوى الهلاك ونفى الهلاك بدعوى الرد فصار نافيماً أثبتته مثبتاً ما نفاه وهذا تناقض  
 فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولا نهى ادعى دعوتين وأكذب نفسه في كل واحدة  
 منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله

فصل ١١ وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الامانة الى الضمان فانواع منها ترك الحفظ لانه بالعقد التزم حفظ  
 الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلك يضمن بدلها وذلك بطريق الكفالة ولهذا الورأى انساناً يسرق الوديعة  
 وهو قادر على منعه ضمن لترك الحفظ الملتزم بالتعهد وهو معنى قول مشايخنا ان المودع يؤخذ بضمان العقد ومنها ترك  
 الحفظ للمالك بان خالفه في الوديعة بان كانت الوديعة ثوباً فلبسه أو دابة فركبها أو عبداً فاستعمله أو أودعها من ليس في



عيا له ولا هو عن يحفظ ماله بسده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك  
فدخلت في ضمانه وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه منع دخول العين في ضمانه في المناظرة حين قدم بخاري  
وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبرأ عن الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول في  
الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة أو رددتها اليك وقال المالك  
استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول  
الوديعة في ضمانه بالخلاف وان خالف في الوديعة ثم عاد الوفاق يبرأ عن الضمان عند علمنا الثلاثة وعند زفر والشافعي  
لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود الا بالتجدد ولم  
يوجد فصارت كالوجود الوديعة ثم أقر بها وكذلك المستعير والمستأجر اذا خالف ما عاد الى الوفاق لا يبرأ عن الضمان  
لما قلنا كذا هذا ولنا انه بعد الخلاف مودع والمودع اذا هلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف  
ودلالة انه بعد الخلاف مودع ان المودع من يحفظ ماله غيره له بأمره وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ  
مال المالك له بأمره لان الامر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة دخلت في ضمان المودع فيرفع العقد قلنا معنى الدخول  
في ضمان المودع انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفاً وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك في حالة الخلاف لكن  
هذا لم يوجب ارتقاء العقد اليس ان من وكل انسانا ببيع عبده بالقي درهم فباعه بألف وسلمه الى المشتري دخل العبد  
في ضمانه لا انعقاد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير الى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقي العقد حتى لو أخذه كان له  
بيعه بالقيين كذا هذا على اننا ان سلمنا ان العقد انسخ لكن في قدر مافات من حقه وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك في  
زمان الخلاف لا فيما بقي في المستقبل كما اذا استحقه باجر كل شهر بكذا وترك الحفظ في بعض الشهر ثم اشتغل به في  
الباقى بقي العقد في الباقي يستحق الاجرة بقدره والجامع بينهما ان الارتقاء لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا في  
قدر الفائت بخلاف الاجارة والا عارة لان الاجارة تملك المنفعة وهي تملك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فاذا بلغ  
المكان المذكور فقد انتهى العقد لا تنهاه حكمه فلا يعود الا بالتجدد وكذا الا عارة لانها تملك المنفعة عندئذ لانها تملك  
المنفعة بغير عوض والاجارة تملك المنفعة بعوض وأما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقاً أو شهر أو زمان ما بعد  
الخلاف داخل في المطلق والوقت فلا ينتقض بالخلاف بل يقرر فهو الفرق ومنها وجود الوديعة في وجه المالك عند  
طلبه حتى لو قامت البينة على الابداع أو نكل المودع عن البين أو أقر به دخلت في ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد  
ظهر ارتقاعه بالوجود أو عنده لان المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ والمودع لما جحد الوديعة حال  
حضره المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانسخ العقد بقي مال الغير في يده بغير اذنه فيكون مضموناً عليه فاذا هلك قرر  
الضمان ولو جحد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان أقام البينة على أنها هلكت بعد  
الوجود أو قبل الوجود أو مطلقاً فان أقام البينة على أنها هلكت بعد الوجود أو مطلقاً لا ينتفع ببينته لان العقد ارتفع  
بالوجود أو عنده فدخلت العين في ضمانه والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لان يسقطه وان أقام البينة على أنها هلكت  
قبل الوجود تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الوجود لم يثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الوجود فلا  
يرفع بالوجود فظهر ان الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الوجود ولا بينة له وطلب  
البين من المودع حلقه القاضي بالله تعالى ما يعلم أنها هلكت قبل وجوده لانه الاصل في باب الاستحلاف أن الذي  
يستحلف عليه لو كان أمر الواقف به الخالف للزومه فاذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لان المالك لو أقر بالهلاك قبل  
الوجود لقبيل منه ويسقط الضمان عن المودع فاذا أنكر يستحلف لكن على العلم لانه يستحلف على فعل غيره هذا  
اذا جحد حال حضره المالك فان جحد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف لا يضمن وقال زفر رحمه الله يضمن  
في الخالين جميعاً وجه قول زفر ان ما هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة كسائر الاسباب وجه قول

أبي يوسف ان الجحد سبب للضمان من حيث انه برفع العقد بالزل على ما بينا ولا يصح الزل حالة الغيبة فلا يرتفع  
العقد ولا ان الجحد عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفاً وعادة لان مبنى الابداع على السر  
والاخفاء فكان الجحد عند غير المالك حال غيبته حفظاً معني فكيف يكون سبباً لوجوب الضمان ومنها الاتلاف  
حقيقة أو معنى وهو انجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة لان اتلاف مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو  
طلب الوديعة فمنها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم اليه حتى هلك يضمن لانه لا حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها  
لحال فدخلت في ضمانه فاذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان ولو أمر غيره بالاتلاف وادعى انه كان باذن المالك  
لا يصدق الا ببينة لان الاتلاف سبب لوجوب الضمان في الاصل وقوله كان باذن المالك دعوى أمر عارض  
فلا تقبل الا بحجة وكذلك المودع اذا خلط الوديعة بماله خلطاً لا يتميز يضمن لانه اذا كان لا يتميز فقد عجز المالك عن  
الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلافاً فيضمن ويصير ملكاً بالضمان وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع  
اسوة الغرماء فيه ولو اختلطت بماله بنفسها من غير صنعه لا يضمن وهو شرط لصاحبها أما عدم وجوب الضمان  
فلا نعدم الاتلاف منه بل نلتفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته وأما كونه شرطاً لصاحبها فلو جحد معنى الشركة  
وهو اختلاط المالكين ولو أودعه رجلان كل واحد منهما ألف درهم فخلط المودع المالكين خلطاً لا يتميز فلا سبيل لهما  
على أخذ الدرهم ويضمن المودع لكل واحد منهما ألفاً ويكون المخلوط له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف  
ومحمد هما بالخيار ان شاء اقسما المخلوط نصفين وان شاء اضمننا المودع القين وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات  
والموزونات اذا خلط الجنس بالجنس خلطاً لا يتميز كالخطة بالحطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجه قولهما ان  
الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول اليها بمرض الخلط فان شاء اقسماً لا اعتبار جرة القيام وان شاء اضمننا  
لا اعتبار جرة العجز وجه قول أبي حنيفة رحمه الله انه لا خلطها خلطاً لا يتميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع  
بالمخلوط فكان الخلط منه اتلاف الوديعة عن كل واحد منهما فيضمن ولهذا ثبت اختيار التضمن عندهما واختيار  
التضمن لا يثبت الا بوجود الاتلاف دل ان الخلط منه وقع اتلافاً ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعير فخلطهما فهو  
ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة لان الخلط اتلاف وعندهما لهما ان يأخذ العين ويبيعاها ويقتسما  
الثمن على قيمة الحنطة ومخلوط بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان قيمة الحنطة تنقص بمخلوط الشعير وهو  
يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لان قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك  
الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو أثنى المودع بعض الوديعة ضمن قدر ما أثق ولا يضمن الباقي لانه لم  
يوجد منه الاتلاف قدر ما أثق ولورد مثله خلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالاتلاف  
والنصف الباقي بالخلط الكون الخلط اتلافاً على ما بينا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينتها فلم ينفها ثم ردها الى  
موضعها بعد أيام فضاغت لا ضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجه قوله انه أخذها على وجه التعدي  
فيضمن كما لو انتفع بها (ولنا) ان نفس الاخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليس باتلاف فلا نوجب الضمان والاصل  
فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تبارك وتعالى عز شأنه عفا عن أمي ما حدثت به  
أقسمها ما لم يتكلموا أو يفعلوا ظاهر الحديث يقتضي أن يكون ما حدثت به النفس عفواً على العموم الا ما خص بدليل  
وعلى هذا الخلاف اذا أودعه كساً مسدوداً داخله المستودع أو صند وقامقلاً ففتح القفل ولم يأخذ منه شيئاً حتى ضاع  
أو مات المودع فان كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها لان هذا عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به على  
لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وان كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركته يحاص الغرماء لانه لم مات مجهلاً  
للوديعة فقد ألقها معنى لخروجها من ان تكون متفهماً في حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الورثة  
انها هلكت أو ردت على المالك لا يصدقون على ذلك لان الموت مجهلاً سبب لوجوب الضمان لكونه اتلافاً فكان



دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل إلا بحجة وخاصة المودع الغرماء لا تدعى الاستهلاك على ما ذكرنا  
فيساوى دين الصحة والله سبحانه ونعم إلى أعلم

### كتاب العارية

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العارية وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان  
ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان حال المستعار وفي بيان  
ما يوجب تغير حاله أماركنها فهو الإيجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحيانا  
والقياس أن يكون ركنًا وهو قول زفر كافي الهبة حتى أن من حلف لا يعير فلا نفاقاؤه ولم يقبل بحث كما إذا حلف لا يهب  
فلا ناشيا فوهبه ولم يقبل وهي مسألة كتاب الهبة والإيجاب هو أن يقول أعزتك هذا الشيء أو منحتك هذا الثوب أو  
هذه الدار أو أطعمتك هذه الأرض أو هذه الأرض لك طعمة أو أخذمتك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك  
على هذه الدابة إذا لم ينوبه الهبة أو دارى لك سكنى أو دارى لك عمرى سكنى أما لفظ العارية فصرح في بابها وأما  
المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع بها الإنسان بها زمانا ثم ردها على صاحبها وهو معنى العارية قال النبي عليه الصلاة  
والسلام المنحة مردودة ومنحة الأرض زراعتها قال النبي عليه الصلاة والسلام أرعها أو امنحها أخاك وكذا  
الأطعام المضاف إلى الأرض هو أطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفا وعادة وهو معنى العارية  
وأما إعدام العبد أياه فجعل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله دارى لك سكنى أو عمرى سكنى هو  
جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعته المطلوبة منها عادة فتدأت معنى العارية وأما قوله حملتك على  
هذه الدابة فإنه محتمل العارية والهبة فإى ذلك نوى فهو على ما نوى لأنه نوى ما يحتمل لفظه وعند الإطلاق ينصرف  
إلى العارية لأنها أدنى فكان الحمل عليها أولى ولو قال دارى لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند  
أبي يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهي مسألة كتاب الهبة

**فصل** وأما الشرائط التي يصير الركن بها عارية شرعا فأنواع منها العتق فلا تصح العارية من المجنون والصبي  
الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح العارية من الصبي المأذون لأنها من توابع التجارة وأنه يملك  
التجارة فيملك ما هو من توابعها وعند الشافعي لا يملك وهي مسألة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط فيملكها  
العبد المأذون لأنها من توابع التجارة فيملك ذلك ومنها القبض من المستعير لأن العارية عقد تبرع فلا يفيد الحكم  
بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها أن يكون المستعار مما يمكن الانتفاع بدون استهلاكه فإن لم يكن لا تصح عارته لأن  
حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين إلا إذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما ذكره في موضعه

**فصل** وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته أما  
الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفا وعادة عندنا وعند الشافعي إباحة المنفعة حتى  
يملك المستعير العارية عندنا في الجملة كالمستأجر يملك العارية وعندنا لا يملكها أصلا كالمباح للطعام لا يملك  
الإباحة من غيره وجه قول الشافعي دلالة الإجماع والمقول أما الإجماع فلجواز العقد من غير أجل ولو كان تملك  
المنفعة لما جاز من غير أجل كالأجرة وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت الملك له في المنفعة لملك كالمستأجر  
وأما المقتول فهو أن القياس بأبي تميمك المنفعة لأن بيع المعدوم لا نعدام المنفعة حالة العقد والمعدوم لا يحتمل البيع  
لأنه بيع مالم يس عند الإنسان وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في باب  
الأجرة حكما للضرورة ولا ضرورة إلى العارية فثبتت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل  
المنافع وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تملكها إباحة كافي الإعيان وإنما

صح من غير أجل لأن بيان الأصل للتحرز عن الجبالة المنقضية إلى المنازعة والجبالة التي باب العارية لا تقضي إلى المنازعة  
لأنها عقد جائز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك العارية لأنها عقد لازم والعارية عقد غير لازم فلو ملك العارية لكان فيه  
إنبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل وقوله المنافع منعومة عند العقد  
فلنا سمعنا هذا لا يمنع جواز العقد كافي العارية وهذا لأن العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف إلى حين وجود  
المنفعة فلا ينعقد في حق الحكم إلا عند وجود المنفعة شيئا فشيئا على حسب حدونها فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع مالم يس  
عند الإنسان وعلى هذا تخرج عارية الدراهم والدنانير لأنها تكون قرضا لا عارية لأن العارية لما كانت تملك المنفعة  
أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصلين ولا يمكن الانتفاع بالاستهلاك كما ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين  
لا في المنفعة ولا يمكن تصحيح عارية حثية فتصح قرضا مجازا لوجود معنى العارية فيه حتى لو استعار حليا لتجمل  
به صح لأنه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل فتمكن العمل بالحققة فلا ضرورة إلى الحمل على المجاز وكذا  
عارية كل مالا يمكن الانتفاع به بالاستهلاك كالكليلا والموزونات يكون قرضا لا عارية لما ذكرنا أن محل حكم  
العارية المنفعة لا العين إلا إذا كان ملحقا بالمنفعة عرفا وعادة كما إذا منح إنسانا شاة أو ناقه لينتفع بلبنها وبرهامدة ثم  
يردها على صاحبها لأن ذلك معدوم من المنافع عرفا وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روى عن النبي عليه الصلاة  
والسلام أنه قال حل من أحد يمنح من إبله ناقه أهل بيت لا درهم وهذا يجري مجرى التبرع بمنح منحة ورق أو  
منحة لبس كان له بعد رقبه وكذا الومنح جديا أو عناقا كان عارية لأنه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه ويتصل بهذا  
الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه فتقول والله التوفيق جملة الكلام فيه أن عقد العارية  
لا يخلو من أحد وجهين إما أن كان مطلقا وإما أن كان مقيدا فإن كان مطلقا بان عاردا به إنسانا ولم يسم مكانا  
ولا زما نا ولا الركوب ولا الحمل فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء وله أن يركب أو يحمل لأن الأصل في المطلق  
أن يجري على إطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقا فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكها إلا أنه لا يحمل  
عليها ما يعلم أن مثلها لا يطبق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها لئلا ينهار أمارا لا يستعمل مثلها من الداب لذلك عادة حتى لو  
فعل فعطبت يضمن لأن العقد وان خرج مخرج الإطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد  
نصا وله أن يعير العارية عندنا سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أولا لأن إطلاق العقد يقتضي  
ثبوت الملك للمستعير فكان هو في التملك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفا في ملك نفسه إلا أنه لا يملك  
الأجرة لما قلنا فإن أجر وسلم إلى المستأجر ضمن لأنه دفع مال الغير إليه بغير إذنه فصار غاصبا فإن شاء ضمنه  
وان شاء ضمن المستأجر لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالمشتري من الغاصب إلا أنه إذا ضمن المستعير لا يرجع  
بالضمان على المستأجر لأنه ملكه بإداء الضمان فبين أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر فإن كان عالما  
بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير وإن لم يكن عالما بذلك يرجع عليه لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغرورا من جهة  
المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة في الحقيقة وإذا كان عالما لم يصرم مغرورا من جهته فلا يرجع  
عليه وهل يملك الأيداع يختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو قول بعض مشايخنا لأنه يملك العارية  
فلا يدايع أولى لأنها دون العارية وقال بعضهم لا يملك استدلالا بمسئلة مذكورة في الجامع الصغير وهي أن المستعير  
إذا رد العارية على يد أجنبي ضمن ومعلوم أن الرد على يده أيداع إياه ولو ملك الأيداع لما ضمن وإن كان مقيدا  
فإيراعى فيه التقيدها أمكن لأن أصل اعتبار تصرف الماقل على الوجه الذي تصرف إذا لم يمكن اعتباره لعدم  
القاعدة ونحو ذلك فلما الوصف لأن ذلك يجري مجرى العيب ثم إنما يرعى القيد فيما دخل لافيا لم يدخل  
لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقا فيما وراءه فإيراعى عند الإطلاق فيما وراءه بيان هذه الجملة  
في مسائل إذا أعارنا إنسانا دابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره وكذلك إذا أعاره نوبا



على أن يلبسه بنفسه ما ذكرنا أن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه الا اذا نذر اعتباره واعتبار هذا القيد ممكن لانه مقيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والخياب ركوبا ولبسا فلزم اعتبار القيد فيه فان فعل حتى هلك ضمن لانه خالف وان ركب بنفسه وأردف غيره فمطبت فان كانت الدابة مما تطبق حملها جميعا يضمن نصف قيمة الدابة لانه لم يخالف الا في قدر النصف وان كانت الدابة مما لا تطبق حملها ضمن جميع قيمتها لانه استهلكها ولو أعاره دار اليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره لان المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقيد بسكناء مفيدا فيلغو الا اذا كان الذي يسكنها اياه حدادا أو قصارا ونحوهما ممن يوهن عليه البناء فليس له أن يسكنها اياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لان المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كإيفاء الجارة ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتم حنطة لان الحنطة أثقل من الشعير فكان اعتبار القيد مفيدا فيعتبر ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتم شعير أو دخن أو أرز أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك حتى انها لو عطبت لا يضمن استحسانا والقياس أن يضمن وهو قول زفر لانه خالف وجواب الاستحسان أن هذا وان كان خلافا لصورة فليس بخلاف معنى لان المالك يكون راضيا به دلالة فلم يكن التقيد بالحنطة مفيدا وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتم من حنطة غيره فانه لا يكون مخالفا حتى لا يضمن كذا هذا ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتم حنطة ليس له أن يحمل عليها حنطاً أو تبناً أو أجراً أو حديداً أو حجارة سواء كان مثله في الوزن أو أخف لان ذلك أشق على الدابة أو أنسكى لظهرها أو أعقر ولو فعل حتى عطبت ضمن ولو قال على أن يحمل عليها مائة من قنطار فحمل عليها مثله من الحديد وزنا فمطبت يضمن لان القطن ينسبط على ظهر الدابة فكان ضرورته أقل من الحديد لانه يكون في موضع واحد فكان ضروره بالدابة أكثر والرضا بآدنى الضررين لا يكون رضيا باعلاهما فكان التقيد مفيدا فيلزم اعتباره ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر فمطبت نظري ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطبق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حمل ما لا تطبق الدابة اتلاف لدابة وان كانت الدابة مما تطبق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتم حنطة فحمل عليها أحد عشر مخاتوما فمطبت يضمن جزأ من احد عشر جزأ من قيمتها لانه لم يتلف منها الا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على أن تستعملها في مكان كذا في المصير يتقيد به وله أن يستعملها في أي وقت شاء ما به شيء شاء لان التقيد لم يوجد الا بالمكان فبقي مطلقا فيما وراءه لكنه لا يملك أن يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل في ضمانه ولو أعادها الى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلك من قبل التسليم الى المالك يضمن وهذا قول أبي حنيفة عليه الرحمة الا آخر وكان يقول أولا يبرأ عن الضمان كالمسودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ثم رجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه في كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على أن يستعملها يوماً يبقى مطلقا فيما وراءه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردّها الى المالك حتى هلك يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها بالاستعمال بان قال على أن يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلك يضمن لان الامساك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف المعير أو المستعير في الايام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار والتعيين قوله لكن مع العين دفعاً للتمهة

**فصل** وأما نصف الحكم فهي ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لانه ملك لا يقبله عوض فلا يكون لازما كالملك الثابت بالهبة فكان للمعير ان يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقتها وقتاً وعلى هذا اذا استعار من آخر أرضاً لبنى عليها أو لغيره فيها ثم بدّل المالك ان يخرجها فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقوفة لما قلنا غير انها ان

كانت مطلقة لانه ان يخرج المستعير على فلع الغرس واتفق البناء لان في الترك ضرراً بالمعير لانه لا نهاية له واذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتاً فأخرجه قبل الوقت بل هو الذي غرر نفسه حيث حمل المطلق على الابد وان كانت موقوفة فأخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يخرجها ولا يحجر على النقص والتلف والمستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمة غرسه وبنائه قائماً سليماً وترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارية وقتاً ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كقبلا عنه في يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرور وكفالة فكان له أن يرجع عليه بالضمان وملك صاحب الارض البناء والغرس باداء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باداء الضمان وان شاء أخذ غرسه وبنائه ولا شيء على صاحب الارض ثم انما ثبت خيار القلع والنقض للمستعير اذا لم يكن القلع أو النقص مضرّاً بالارض فان كان مضرّاً بها فالخيار للمالك لان الارض أصل والبناء والغرس تابع لها فكان المالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الأصل أولى ان شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة وان شاء رضى بالقلع والنقض هذا اذا استعار أرضاً للغرس أو البناء فاما اذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم أراد صاحب الارض ان يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك في يده الى وقت الحصاد باجر المثل استحسانا في القياس ان يكون له ذلك كإيفاء البناء والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الامكان وذلك ممكن في الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالترك الى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن في الغرس والبناء لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الأصل أولى وقالوا في باب الاجارة اذا انقضت المدة والزرع قبل ما يستحصد انه يترك في يد المستأجر الى وقت الحصاد باجر المثل كإيفاء العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان التملك للنظر والقاصب جان فلا يستحق النظر بل يحجر على القلع

**فصل** واما بيان حال المستعار فخاله انه امانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالاجماع فاما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله مضمون واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان درعا يوم حنين فقال صفوان اغصبا يا محمد فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة ولان العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لان العين اسم للصورة والمعنى وبالهلاك ان عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى لان قيمة الشيء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب ولانه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشراء (ولنا) انه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة وانما قلنا ذلك لان الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهراً هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان اما العقد فلا نه عقد تبرع بالمنفعة تملكها أو اباحه على اختلاف الاصليين واما القبض فلو جهين أحدهما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فبالاذن أولى وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانتها عن الهلاك وهذا احسان في حق المالك قال الله تبارك وتعالى جل شأنه هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فع الاذن أولى الثاني ان القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لانه لا يفوت يد المالك ولا ضمان الا على المتعدي قال الله تبارك وتعالى ولا عدوان الا على الظالمين بخلاف قبض الغصب وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا ان وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها وقوله قيمتها معناها قلنا ممنوع وهذا لان القيمة هي الدراهم والدنانير والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الاولى فالعجز عن رد احد العينين لم يوجب رد العين الاخرى وفي باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو اتلاف المغصوب معنى لما علم وهنالم يوجد حتى لو وجد يجب الضمان



ثم نقول انما وجب عليه ضمان الرد لان العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب في يده كالمغصوب والمغصوب  
مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا اذا هلك في تلك الحالة ضمن واما قوله قبض مال الغير  
لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان لما ذكرنا من نافع الاذن اولى والمقبوض على  
سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له في حديث  
صفوان لان الرواية قد اختلفت فقد روي انه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فامرسل اليه فأمته وكان رسول  
الله صلى الله عليه وسلم يريد حنبلا فقال هل عندك شيء من السلاح فقال عارية أو غصبا فقال عليه الصلاة والسلام  
عارية فاعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احدهما فافتراضت  
الرواية ان فسقط الاحتجاج مع ما انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد به بقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال  
يؤيد ما قلنا ماروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العارية مؤداة

**فصل** وأما بيان ما يوجب تغير حال المستعير من الامانة الى الضمان ما هو الغير حال الوديعة  
وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وترك الحفظ والخلاف حتى لو حبس العارية  
بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لانه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة  
والسلام العارية مؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد ولا يحكم العقد انتهى بانقضاء المدة  
أو الطلب فصارت العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو  
رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله أو مع عبد المعير أو ردها بنفسه الى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن  
استحسانا والقياس أن يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة وكذا اذا ترك الحفظ حتى  
ضاعت وكذا اذا خالف الا أن في باب الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضي الله  
عنهم وهنالا يبرأ وقد تقدم الفرق في كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعى ان المالك قد اذن له بذلك وجحد  
المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لان التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الاصل  
فدعوى الاذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع الا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الوقف والصدقة

أما الوقف فالكلام فيه في مواضع في بيان جواز الوقف وكيفيته وفي بيان شرائط الجواز وفي بيان حكم الوقف الجائز  
وما يتصل به (أما) الاول فنقول والله التوفيق لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصديق  
بالقرع مادام اوقف حياته ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصديق بغلة الدار والأرض ويكون ذلك بمنزلة النذر  
بالتصدق بالغلة ولا خلاف أيضا في جوازه في حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضاء القاضي أو اضافه الى ما بعد  
الموت بأن قال اذ امت قد جعلت دارى أو أرضى وقفاً على كذا أو قال هو وقف في حياتى صدقة بعد وفاتى واختلفوا  
في جوازه من يلا ملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال أبو حنيفة عليه الرحمة  
لا يجوز حتى كان للواقف بيع الوقف وهبته وادامات يصير ميراثا لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضى  
الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لا فرق بين ما اذا وقف في حالة  
الصحة وبين ما اذا وقف في حالة المرض حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعا اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم وروى  
الطحاوى عنه انه اذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته وأما عندهما  
فهو جائز في الصحة والمرض وعلى هذا الخلاف اذا بنى رباطا أو خاناً للمجتازين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه  
منه لا يزول رقبة هذه الاشياء عن ملكه عند أبي حنيفة الا اذا اضافه الى ما بعد الموت أو حكم به حاكم وعندهما

يزول

يزول بدون ذلك لكن عند أبي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسبب اختلاف بين الرباط  
والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجداً يجوز وزول الرقبة  
عن ملكه لكن عزل الطريق وافراده والاذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن  
يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف يزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجداً أو ليس له أن يرجع عنه على ما ذكره  
(وجه) قول العامة الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى  
عليهم أجمعين فانه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان  
وسيدنا علي وغيرهم رضى الله عنهم وأكثر الصحابة وقتوا ولا ان الوقف ليس الا ازالة الملك عن الموقوف وجعله لله  
تعالى خالصاً شبهه الا عتاق وجعل الأرض أو الدار مسجداً والدليل عليه أنه يصح مضافاً الى ما بعد الموت فيصح  
منجزاً وكذا وانفصل به قضاء القاضي يجوز وغير الجائز لا يحتمل الجواز لقضاء القاضي ولا في حنيفة عليه الرحمة  
ماروى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها الفرائض قال رسول الله  
صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى أى لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف  
حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان من غير ما شرعنا من شرعنا قال جاء محمد بن يسع الحنيس وهذا منه رواية  
عن النبي عليه الصلاة والسلام انه يجوز بيع الموقوف لان الحنيس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول اذ الوقف حبس  
لغة فكان الموقوف محبوساً فيجوز بيعه وبه تبين ان الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف (وأما) وقف  
رسول الله صلى الله عليه وسلم فانما جاز لان المانع من وقوعه حبس عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم  
لم يقع حبساً عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم انما معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) أوقاف  
الصحابة رضى الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتمل انها كانت قبل نزول سورة النساء  
فلم تقع حبساً عن فرائض الله تعالى وما كان بعدهم اتمه عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم أمضوه ابالاجازة  
وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وانما جاز مضافاً الى ما بعد الموت لانهم اضافوه الى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج  
الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه لا بطريق الوصية ألا ترى لو  
أوصى بثلث ماله للفقراء جاز ولو تصدق بثلث ماله على الفقراء لا يجوز وأما اذا حكم به حاكم فانما جاز لان حكمه  
صادف محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده اليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى اليه اجتهاده جائز كما في  
سائر الاجتهادات

**فصل** وأما شرائط الجواز فأنواع بعضها يرجع الى الواقف وبعضها يرجع الى نفس الوقف وبعضها يرجع  
الموقوف (أما) الذي يرجع الى الواقف فأنواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح الوقف من الصبي والجنون  
لان الوقف من التصرفات الضارة لكونه ازالة الملك بغير عوض والصبي والجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة  
ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك (ومنها) الحرية فلا يملكه العبد لانه ازالة الملك والعبد ليس  
من أهل الملك وسواء كان مأذوناً أو محجوراً لأن هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه  
المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والاعتاق (ومنها) أن يخرج الواقف من يده ويجعل له قيا وسلمه اليه عند أبي  
حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه وقف وكان يتولى أمر  
وقفه بنفسه وكان في يده وروى عن سيدنا علي رضى الله عنه انه كان يفعل كذلك ولان هذا ازالة الملك لا الى حد فلا  
يشترط فيه التسليم كالا عتاق ولهما أن الوقف اخراج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر  
التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضى الله عنهما فاحتمل انهما أخرجاه عن أيديهما وسلماه الى  
المتولى بعد ذلك فصح كن وهب من آخر شيئاً أو تصدق أو لم يسلم اليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا



ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قبا ويسلمه اليه وفي المسجد أن يصلي فيه جماعة بأذان واقامة بآذانه كذا ذكر القاضي في شرح الطحاوي وذكر القدوري رحمه الله في شرحه انه اذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلى واحدا كان تسليما ويحول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وهل يشترط أن لا يشترط الوقف لنفسه من منافع الوقف شيئا عند أبي يوسف ليس بشرط وعند محمد بشرط (وجهه) قول محمد أن هذا اخراج المال الى الله تعالى وجعله خالصا له بشرط الانتفاع لنفسه بمنع الاخلاص فيمنع جواز الوقف كما اذا جعل أرضه أو داره مسجدا أو شرط من منافع ذلك لنفسه شيئا وكما لو أعتق عبده بشرط خدمته لنفسه ولا يبي يوسف ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه وقف بشرط في وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف وكان يلى أمر وقفه بنفسه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الوقف اذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ما هو أفضل منه يجوز لأن شرط البيع شرط لا ينافي الوقف ألا ترى انه يباع باب المسجد اذا خلق وشجر الوقف اذا بيس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا عند أبي حنيفة ومحمد فان لم يذكرك ذلك لم يصح عندهما وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وان سمي جهة تنقطع ويكون بعدها للفقراء وان لم يسمهم (وجهه) قول أبي يوسف انه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكره التسمية ولأن قصد الوقف أن يكون آخره للفقراء وان لم يسمهم هو الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتا لدلالة الثابت كالثابت نصا ولهما ان التأيد بشرط جواز الوقف لما ذكره تسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذي يرجع الى نفس الوقف فهو التأيد وهو أن يكون مؤيدا حتى لو وقت لم يجوز لانه ازالة الملك لا الى حد فلا تحتمل التوقيت كالاتفاق وجعل الدار مسجدا

**فصل** وأما الذي يرجع الى الموقوف فأنواع (منها) أن يكون مما لا ينتقل ولا يحول كالعقار ونحوه فلا يجوز وقف المنقول مقصود المأذون ان التأيد بشرط جواز وقف المنقول لا يتأيد لكونه على شرف الهلاك فلا يجوز وقفه مقصود الأذى كاتبعاً للعقار بأن وقف ضيعة بقرها أو كرها وهم عبيده فيجوز كذا قاله أبو يوسف وجوازه تبعاً لغيره لا يدل على جوازه مقصوداً كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق انه لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً للأرض والدار وان كان شيئاً جرت العادة بوقفه كوقف المر والتدوم لحفر القبور ووقف الرجل لتسخين الماء ووقف الجنابة وثيابها ولو وقف أشجاراً فأقامة القياس أن لا يجوز لانه وقف المنقول وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسناً ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله تعالى عند أبي حنيفة لانه منقول وما جرت العادة به وعند أبي يوسف ومحمد يجوز ويحوز عندهما بيع ما هم منها أو صار بحال لا ينتفع به فيباع ويرد ثمنه في مثله كأنهما تركا القياس في الكراع والسلاح بالنص وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال أما خالفتم احتبس أكرعاً وأفراساً في سبيل الله تعالى ولا حجة لهما في الحديث لانه ليس فيه انه وقف ذلك فاحتمل قوله حبسه أي أمسكه للجهاد لا للتجارة (وأما) وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي حنيفة (وأما) على قولهما فقد اختلف المشايخ فيه وحكى عن نصر بن يحيى انه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة (ومنها) أن يكون الموقوف مقصوداً عند محمد فلا يجوز وقف المشايخ وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويجوز مقصوداً كان أو مشاعاً لان التسليم شرط الجواز عند محمد والشيوع بخلاف التسليم وعند أبي يوسف التسليم ليس بشرط أصلاً فلا يكون الخلل فيه ما نأه وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه مائة سهم بخير فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم احبس أصلها فدل على أن الشيوع لا يمنع حجة الوقف وجواب محمد رحمه الله يحتمل انه وقف مائة سهم قبل القسمة ويحتمل انه بعدها فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال على انه ان ثبت أن الوقف كان قبل القسمة فيحمل انه وقفها شأنها قسم وسلم وقد روى انه فعل كذلك وذلك جائز كالوهاب مشاعاً قسم وسلم

**فصل** وأما حكم الوقف الجائز وما يتصل به فالوقف اذا جاز على اختلاف العلماء في ذلك فحكمه أنه يزول

الموقوف عن ملك الوقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بثلثه بالتصدق عليه لأن الوقف حبس الأصل وتصدق بالقرع والحبس لا يوجب ملك الحبوس كالرهن والواجب أن يبدأ بصرف القرع الى مصالح الوقف من عمارته واصلاح ماوهي من بنائه وسائر مؤناته التي لا بد منها سواء شرط ذلك الوقف أو لم يشترط لأن الوقف صدقة جارية في سبيل الله تعالى ولا تجرى الا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لأن المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام اخراج الضمان كالعبد الموصى بخدمة ان فقتته على الموصى له بالخدمة لما قلنا كذا هذا فان امتنع من العمارة ولم يتقدر عليها بأن كان فقيراً أجزها القاضي وعمرها بالاجرة لأن استبقاء الوقف واجب ولا يبقى الا بالعمارة فاذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضي منابه في استبقائه بالاجارة كالعبد والدابة اذا امتنع صاحبها عن الاتاق عليها أثق القاضي عليها بالاجارة كذا هذا وما نهى من بناء الوقف وألته صرفه الحالك في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه الى وقت الحاجة الى عمارته فيصرفه فيها ولا يجوز أن يصرفه الى مستحق الوقف لأن حتمهم في المنفعة والغلة لا في العين بل هي حق الله تعالى على الخالص ولو جعل داره مسجداً أخرب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود الى ملكه ويكون مسجداً أبداً عند أبي يوسف وعند محمد يعود الى ملكه (وجهه) قول محمد انه ازال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب الى الله تعالى بمكان يصلي فيه الناس فاذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود الى ملكه كما لو كفن ميتاً مائة كاهن سبوع وبقي الكفن يعود الى ملكه كذا هذا ولا يبي يوسف انه لما جعله مسجداً أفتد حرره وجعله خالصاً لله تعالى على الاطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود الى ملكه كالاتفاق بخلاف تكفين الميت لانه ما حرر الكفن وانما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكه وقوله ازال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه قلنا ممنوع فان المجتزأ ينصرفون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهه القرينة قد تحت بيتين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود ولو وقف داراً أو أرضاً على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبي يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز بناء على أن المسجد عند أبي يوسف لا يصير ميراثاً بالخراب وعند محمد يصير ميراثاً وقال أبو بكر الاعمش ينبغي أن يجوز بالاتفاق وقال أبو بكر الاسكاف ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق

**فصل** وأما الصدقة اذا قال دارى هذه في المساكين صدقة تصدق بثمنها وان تصدق بعينها جاز لان النادر بالنذر يتقرب الى الله تعالى بالمندوب به ومعنى القرينة يحصل بالتصدق بثمن الدار وبل أولى ولو تصدق بعين الدار جاز لانه أدى المنصوص عليه ولو قال دارى هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والغلة عند أبي حنيفة لأن المندوب به صدقة موقوفة والوقف حبس الأصل وتصدق بالقرع ولو قال مالي في المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحساناً والقياس أن يتصدق بالكل لأن اسم المال ينطلق على الكل (وجهه) الاستحسان أن يحجب العبد معتبر بإحباب الله تعالى ثم يحجب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ونحو ذلك تصرف الى بعض الاموال دون الكل فكذا يحجب العبد ولو قال ما أملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله ويقال له أمسك قدر ما تنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكتسب مالا فاذا اكتسب مالا تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك لانه اضافة الصدقة الى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع الا انه يقال له أمسك قدر النفقة لانه لو تصدق بالكل على غيره لا يحتاج الى أن يتصدق غيره عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام ابد بنفسك ثم بمن تعول والله عز وجل أعلم

كتاب الدعوى

كتاب الدعوى

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الدعوى وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حد المدعى



والمدعى عليه وفي بيان حكم الدعوى وما يتصل به وفي بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفي بيان علائق التمين وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما وفي بيان حكم تمارض المدعويين مع تمارض البينتين وحكم تمارض المدعى لا غير وفي بيان حكم الملك والحق الثابت في الحقل (أما) ركن الدعوى فهو قول الرجل لى على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأني عن حقه ونحو ذلك فإذا قال ذلك فقد تم الركن **فصل** وأما الشرائط المصححة للدعوى فأنواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليها حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة لأنها مبنيان على الدعوى الصحيحة ومنها أن يكون المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالجهول والعلم بالمدعى إنما يحصل بأحد أمرين إما الإشارة وإما التسمية وجملة الكلام فيه أن المدعى لا يخلو إما أن يكون عينا وإما أن يكون دينا فإن كان عينا فلا يخلو إما أن كان محتسلا للنقل أو لم يكن محتسلا للنقل فإن كان محتسلا للنقل فلا بد من احضاره لتمكين الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوما إما إذا تعذر نقله كحجر الرحي ونحوه فإن شاء القاضي استحضره وإن شاء بعث إليه أمينا وإن لم يكن محتسلا للنقل وهو العتار فلا بد من بيان حده ليكون معلوما لأن العتار لا يصير معلوما إلا بالتحديد ثم لا خلاف في أنه لا يكفي فيه بذ كرحد واحد وكذا بذ كرحدين عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف وهل تقع الكفاية بذ كر ثلاثة حدود قال علماءنا الثلاثة رضي الله عنهم نعم وقال زفر رضي الله عنه لا وهي مسألة كتاب الشروط وكذا لا بد من بيان موضع الحدود وبلده ليصير معلوما هذا إذا كان المدعى عينا فإن كان دينا فلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لأن الدين لا يصير معلوما إلا ببيان هذه الأشياء ومنها أن يذكر المدعى في دعوى العتار أنه في يد المدعى عليه لأن الدعوى لا بد وأن تكون على خصم والمدعى عليه إنما يصير خصما إذا كان بيده فلا بد وأن يذكر أنه في يده ليصير خصما فإذا ذكر وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فإنه يخلف من غير الحاجة إلى إقامة البينة من المدعى على أنه في يد المدعى عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البينة على أنه في يده هذا المدعى عليه ووجه الفرق أن من الجائز أن يكون صاحب اليد غيره واصطلاحا على ذلك فلو سمع القاضي بينته لكان قضاء على الغائب وهذا المعنى هنا متعذر لأنه لا قضاء هنا أصلا لأن المدعى عليه لا يخلو إما أن يخلف وأما أن ينكل فإن حلف فلا مرف فيه ظاهر وإن نكل فكذلك لأن القاضي لا يقتضي بشي وإنما أمره بأن يخرج من الدار ويخلي بينها وبين المدعى ومنها أن يذكر أنه يطالبه به لأن حق الإنسان إنما يجب إيفاؤه بطالبه ومنها أن يكون بلسانه عينا إذا لم يكن به عذر إلا أذرضى المدعى عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو وكل المدعى بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع لما علم في كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى إلا بين يدي القاضي كالأسماع في الشهادة إلا بين يديه ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة إلا على خصم حاضر إلا إذا التمس المدعى بذلك كتابا بحكمي للقضاء به فيجيبه القاضي إليه فيكتب إلى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماع الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعي رحمه الله أنه ظهر صدق المدعى في دعواه على الغائب بالبينة فيجوز القضاء ببينته قياسا على الحاضر ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وإن كان خيرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب في خيره بالبينة فيظهر صدقه في دعواه كما إذا كان المدعى عليه حاضرا يحققه أن المدعى عليه لا يخلو إما أن يكون مقرا وإما أن يكون منكرا فإن كان مقرا فكان المدعى صادقا في دعواه فلا حاجة إلى القضاء وإن كان منكرا فظهر صدقه بالبينة فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهرة للحق فجاز (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لسيدنا على رضي الله عنه لا تقض لأحد الخصمين ما لم تسمع كلام الآخر نها عليه الصلاة والسلام عن القضاء

لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والنقض بالحق للمدعى حال غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منهيًا عنه ولأن القاضي ما مور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه إذا ودان جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمر بن العاص أقض بين هذين قال أقضى وأنت حاضر بيننا فقال عليه الصلاة والسلام أقض بينهما بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت في البينة لا احتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلا إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه ثم إنما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر فإن كان يجوز لانه يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى والخصم الحاضر الوكيل والوصي والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لأن الوكيل والوصي نائبان عنه بصرى النيابة والوارث نائب عنه شرعا وحضرة النائب كحضرة المنيوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب معنى وكذا إذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بأن كان ذلك سببا لثبوت حق الغائب لأن الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق الحاضر لأن كل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقا به فيكون قضاء على الحاضر حتى أن من ادعى على آخر أنه أخوه ولم يدع ميراثا ولا نفقة لا تسمع دعواه لأنه دعوى على الغائب لأنه لا يرد اثبات نسبه من أب المدعى عليه وأمه وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لأنه لم توجد الالبانة ولا حق يقضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغائب من ضروراته تبعاله فلا تسمع دعواه أصلا ولو ادعى عليه ميراثا أو نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته لأنه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه إثباته بالاثبات نسبه من الغائب فينصب خصما عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعاله ولهذا أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح إقراره بخلاف ما لو ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه أنه يصح من غير دعوى المال الحاضر لأنه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على الحاضر ألا ترى أنه لو أقر به يصح إقراره بخلاف الإقرار بالأخوة وعلى هذا يخرج المسائل الخمسة وتوابعها على ما ذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض في الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين في يده لرجل فامر القاضي بدفعها إليه ثم ادعى أنه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لأن إقراره بالملك لغيره لئلا يمنع الشراء منه قبل ذلك لأن الشراء بوجب الملك للمشتري فكان مناقضا للإقرار والإقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو لم يقر ونكل عن التمين فتقضى عليه بشكوله ثم ادعى أنه كان اشتراه منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته في ظاهر الرواية لأن النكول بمنزلة الإقرار وروى عن أبي يوسف أنه تسمع دعواه وتقبل بينته هذا إذا ادعى أنه اشتراه منه قبل الإقرار والنكول فاما إذا ادعى أنه اشتراه منه بعد ذلك تسمع دعواه بخلاف لأن الإقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لا نعدم التناقض لا اختلاف الزمان ولو قال هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولا قال ذلك أو منفصلا لأنه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق منه ما يقرر هالان سابقا للملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولا فالقياس أن لا تصح دعواه وفي الاستحسان تصح ولو قال ذلك منفصلا لا تصح قياسا واستحسانا وجه القياس أن قوله هو لفلان إقرار منه بكونه ملكا لفلان في الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لأن الشراء بوجب كونه ملكا للمشتري فلا يصح كما إذا قال منفصلا وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولا معناه في متعارف الناس وعادتهم أنه كان لفلان فاشترته منه قال الله عز وجل وإذا ذكروا إذا تم قليل مستضعفون في الأرض أي إذا كنتم قليلا إذ لم يكونوا قليلا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيحه ولا عادة جرت بذلك في المفاصول فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا إذا بين أنه اشتراه قبل الإقرار فإن بين أنه اشتراه بعده تسمع دعواه لا نعدم التناقض



على ما بينا وكذلك لو بين وادعى الشراء منهما بمثل ما ذكر الوقت يحمل على الحال تصحيح حاله هذا  
إذا قال هذا الشيء فلان ولم يقل لا حق لي فيه فان قال لا حق لي فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله  
لا حق لي فيه لنا كيد البراءة الا اذا بين أنه اشتراه بعد الاقرار فتسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل ديناً فقال المدعى عليه لم  
يكن لك على شيء قط فاقام المدعى اليينة وقضى القاضي بذلك ثم أقام المدعى عليه اليينة أنه كان قد قضاه اياه تسمع دعواه  
وتقبل بينته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وانما قضاه اياه لدفع الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك على شيء ولا اعرفك  
فاقام المدعى اليينة وقضى القاضي بينته ثم أقام المدعى عليه اليينة أنه كان قد قضاه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان قوله  
لا اعرفك يناقض دعوى القضاء لان الظاهر أنه لا ينقض الا بعدم معرفته اياه فكان في دعوى القضاء مناقضاً فلا  
تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبداً بعينه والعبد في يد البائع فانكر البائع البيع فاقام المشتري اليينة وقضى  
القاضي به ثم وجد به عيباً فأراد أن يردّه على البائع فاقام البائع اليينة على أن المشتري كان أبراه عن كل عيب لم تسمع دعواه  
ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى البراءة عن العيب لان البراءة يقتضي وجود البيع فكان مناقضاً  
في دعوى البراءة فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل في هذا الباب أنه اذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه  
يمنع حجة الدعوى الا في النسب والعق فان التناقض فيهما غير معتبر بان قال لمجهول النسب هو ابني من الزنا ثم قال هو  
ابني من النكاح تسمع دعواه وكذا مجهول النسب اذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى أنه حر الاصل تسمع دعواه حتى  
تقبل بينته لان بيان النسب مبني على أمر خفي وهو العلق منه اذ هو مما يغيب خفاؤه على الناس فالتناقض في مثله  
غير معتبر كما اذا اختلفت امرأة زوجها على مال ثم ادعت أنه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع واقامت اليينة على ذلك  
تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل للثبوت لان  
دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لثله هذا ابني لا تسمع  
دعواه لاستحالة ان يكون الابن الا كبر سننا ابنا لمن هو أصغر سنانه وكذا اذا قال لمرءى النسب من الغير هذا ابني  
والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه فقد اختلف عبارات المشايخ في تحديدهما قال بعضهم المدعى  
من اذا ترك الخصومة لا يحجر عليها والمدعى عليه من اذا ترك الجواب يحجر عليه وقال بعضهم المدعى من يلتزم قبل  
غيره لنفسه عينا أو ديناً أو حقاً والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر الى المتخاصمين أيهما كان  
منكراً فالآخر يكون مدعياً وقال بعضهم المدعى من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه  
لنفسه فينفصلان بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه لان قطع الخصومة  
والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يسأله القاضي الجواب قبل طلب المدعى ذكر في  
أدب القاضي انه يسأله وذكر في الزيادات انه لا يسأله ما لم يقل المدعى اسأله عن دعواي وعلى هذا اذا تقدم الخصمان  
الى القاضي هل يسأل المدعى عن دعواه في أدب القاضي انه يسأله وفي الزيادات أنه لا يسأله ويعرف ذلك في كتاب  
أدب القاضي وسيأتي واذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان أقر أو سكت أو أنكر فان أقر يؤمر بالدفع الى  
المدعى لظهور صدق دعواه وان أنكر فان كان للمدعى بينة أقامها ولو قال لا بينة لي ثم جاء بالبينه هل تقبل روى  
الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انها تقبل وعن عثمان بن عفان قوله لا بينة لي اقرار على نفسه  
والا انسان لا يهتم في اقراره على نفسه فلا يبان بالبينه بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح وجه رواية الحسن عن  
حنيفة ان من الجائز أن تكون له بينة يعلمها المدعى بان أقر المدعى عليه بين يدي هو لا وهو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك بها  
فامكن التوفيق فلا يكون الا تبيان بالبينه بعد ذلك رجوعاً فتقبل وان لم يكن له بينة وطلب بين المدعى عليه يحلف فيما

يحتمل التحليف فان سكت عن الجواب أتى حكمه ان شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه  
﴿فصل﴾ وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبينه حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه الصلاة  
والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى  
عليه والمعتول كذلك لان المدعى يدعى أمر أخفياً فيحتاج الى اظهاره وللبينة قوة الاظهار لانها كلام من ليس  
بخصم فعملت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة  
مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فاجتبه الى استمرار حكم الظاهر  
واليمين وان كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى  
عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاء بشاهد واحد وبين من المدعى انه لا يجوز عندنا  
خلافاً للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد وبين ولان الشهادة انما  
كانت حجة المدعى لكونها حجة جنسية الصدق على جنسية الكذب في دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع  
باليمين فكانت اليمين في كونها حجة مثل البينة فكان ينبغي ان يكتفى بها الا انه ضم اليها الشهادة نفياً للتمهة (ولنا) الحديث  
المشهور والمعتول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى  
عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل  
كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضي استغراق كل الجنس  
فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعى  
وهذا خلاف النص وأما الحديث فتدفع فيه بحجتي بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء  
بشاهد وبين وكذا روى عن الزهري لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول من قضى بهما معا وبه رضى الله  
عنه وكذا ذكر ابن جرير عن عطاء بن أبي رباح انه قال كان القضاء الاول ان لا يقبل الا شاهدان وأول من قضى  
باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان مع ماله ورد مورد الا حاد ومخالف للمشهور فلا يقبل وان ثبت انه قضى بشاهد  
وبين اما ليس فيه انه فيه قضى وقد روى عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد وبين في الايمان وعندنا يجوز القضاء  
في بعض أحكام الايمان بشاهد واحد اذا كان عدلاً بان شهادته أمن هذا الكافر قبل شهادته حتى لا يقتل لكن  
يسترق واليمين من باب ما يحتاج فيه فحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وبهذا تبين بطلان  
مذهب الشافعي رحمه الله في رده اليمين الى المدعى عند نكول المدعى عليه لان النبي عليه الصلاة والسلام ما جعل  
اليمين حجة الا في جانب المدعى عليه فالرد الى المدعى يكون وضع الشيء في غير موضعه وهذا حد الظلم وعلى هذا  
يخرج مسألة الخارج مع ذي اليد اذا اقام البينة أنه لا تقبل بينة ذي اليد لانها جعلت حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدعى  
بل هو مدعى عليه فلا تكون البينة حجة له فالتحقق بينته بعدم نفلت بينة المدعى عن المعارض فيعمل بها وقد تخرج  
المسئلة على أصل آخر نذكره في موضعه ان شاء الله واذا عرفت ان البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من  
معرفة علاقتهم وعلائق البينة قدم ذكرها في كتاب الشهادات ونذكر هنا علاقتهم فنبين فنقول والله التوفيق الكلام  
في اليمين في مواضع في بيان ان اليمين واجبة وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان كيفية الوجوب  
وفي بيان حكم أدائه وفي بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب أما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله عليه  
الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب وأما شرائط الوجوب فانواع منها الا نكار  
لانها وجبت للحاجة الى دفع التهمة وهي تهمة الكذب في الانكار فاذا كان مقرأ لا حاجة لان الانسان لا يهتم في  
الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب  
المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على







خلق السموات والارض ليتولى الله فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة الاله الا الدهرية والزناقة  
وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام يتجاسروا على اظهار خلتهم في عصر من الأعصار الى يومنا هذا وزجروا من فضل الله  
عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم على اظهار ما تنحلوه الى اقتضاء الدنيا وان رأى القاضي ما  
يكون تغليظاً في دينه فعل لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صور يادل ان كل ذلك سائغ فيغلظ  
على اليهودي بالله تعالى عز وجل الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام وعلى النصراني بالله الذي  
أنزل الانجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى المجوسي بالله الذي خلق النار ولا يحلف على الإشارة  
الى مصحف معين بان يقول بالله الذي أنزل هذا الانجيل أو هذه التوراة لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع  
الإشارة الى الحرف فيكون التحليف به تعظيماً لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث هؤلاء الى بيوت عبادتهم من  
البيعة والكنيسة وبيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم زمان ولا مكان عندنا  
وقال الشافعي رحمه الله ان كان بالدينه يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب ويحلف بعد العصر  
والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعي واليمين على المدعى  
عليه مطلقاً عن الزمان والمكان وروى انه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار الى مروان بن الحكم فقضى على زيد  
ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد احلف له مكاني فقال له مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان  
حقه لحي وأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازماً لما احتمل ان يباهي زيد بن ثابت  
ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشراك في التعظيم والله عز وجل  
أعلم (وأما) بيان صفة الحلو فانه على ما إذا يحلف فتقول الدعوى لا تخلو اما ان كانت مطلقة عن سبب وامان  
كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبداً أو جارية أو أرضاً أو أنكر المدعي عليه فلا خلاف في  
انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال بالله ما هذا العبد أو الجارية أو الأرض فلان هذا ولا شيء منه  
وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه ألفاً وأنكر المدعي عليه فقد اختلف أبو  
يوسف ومحمد في انه يحلف على السبب أو على الحكم قال أبو يوسف يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه الف  
أو ما غصبته ألفاً أو ما أودعني الف الا ان يعرض المدعي عليه ولا يصرح فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد  
يودع ولا يكون عليه ما أبراه عن ذلك أو رد الوديعة وأنا لا أبين ذلك لثلاث يلزمني شيء فحينئذ يحلف على الحكم وقال  
محمد يحلف على الحكم من الابتداء بالله ما له عليك هذه الف التي ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب  
تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجواز انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالأبراء أو بالرد فلا يمكنه الحلف على  
نفي السبب ويمكنه الحلف على نفي الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبي يوسف  
ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود بالله وفي باب التسمية على السبب فقال عليه الصلاة والسلام  
بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلاً فيجب الاقتداء به ولان الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل  
تحت الدعوى في هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الحلف على السبب حلف عليه  
وان لم يمكنه وعرض فحينئذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء اذا أنكر المدعي عليه فعند أبي يوسف  
يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشيء الا ان يعرض الخصم والتعريض في هذا ان يقول قديبيع الرجل  
الشيء ثم يعود اليه به أوفسخ أو أقاله أو رد بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية وأنا لا أبين ذلك كي لا يلزمني شيء  
فحينئذ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذي يدعى وهكذا يحلف على قول  
محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثاً أو خالها على كذا أو أنكر الزوج ذلك يحلف  
على السبب عند أبي يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثاً أو ما خالها الا ان يعرض الزوج فيقول الا انسان قد يخال

امراً ثم تعود اليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود اليه بعد زوج آخر فحينئذ يحلف بالله عز وجل ما هي حرام عليك ثلاث  
طلقات أو بالله عز وجل ما هي مطلقة منك ثلاثاً أو ما هي حرام عليك بالخلع أو ما هي بئن منك ونحو ذلك من العبارات  
وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق في الامة بان ادعت امه على مولاها انه اعتقها وهو منكر عند أبي  
يوسف يحلف المنوي على السبب بالله عز وجل ما اعتقها الا ان يعرض لانه يتصور النقص في هذا والعود اليه بان  
ارتدت امرأة ولحقته بدار الحرب ثم سباه أو سباه غيره فاشترها فحينئذ يحلف كما قاله محمد ولو كان الذي يدعى  
العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله عز وجل ما اعتقته في الرق القائم للحال في ملكه لان عدم تصور  
التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبي بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد  
على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذي اذا قضي العهد وحقق بدار الحرب ثم سبي يسترق بخلاف المسلم فانه  
يجبر على الاسلام ويقتل ان أبى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو قهر يبع على قولهما لان اباحنية لا يرى  
الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلو اما ان تكون من الرجل أو من المرأة فان كانت من الرجل وأنكرت المرأة  
النكاح فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما فحينئذ يحلف على الحكم  
بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد وما عند أبي حنيفة لوقال الزوج أنا أريد ان أتزوج أختها أو أربما  
سواها فان القاضي لا يمكنه من ذلك لانه اقرار لهذه المرأة امر أنه فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج  
أختها أو أربما سواها وان كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا  
ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبي حنيفة لوقالت المرأة اني أريد ان أتزوج فان القاضي لا يمكنه  
من ذلك لانها قد أقرت ان لها زوجاً فلا يمكنها من الزوج زوج آخر فان قالت ما خلاص عن هذا وقد بقيت في  
عهدته أبد الدهر وليست لي بينة وهذه تسمى عهداً أبي حنيفة فانه يقول القاضي للزوج طلقها فان أبى أجبره القاضي  
عليه فان قال الزوج لو طلقها للزمني المهر فلا فعل ذلك يقول له القاضي قل لها ان كنت امرأتى فانت طالق فتطلق  
لو كانت امرأتك وان لم تكن فلا ولا يلزمك شيء لان المهر لا يلزم بالشك فان أبى يجبره على ذلك فاذا فعل تخلص عن  
تلك العهدة ولو كانت الدعوى على اجارة أدار أو عبد أودابة أو معاملة مزارعة فعند أبي يوسف يحلف على السبب  
الا اذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبي حنيفة ما كان صحيحاً وهو الاجارة يحلف وما  
كان فاسداً وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلاً لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو  
كانت الدعوى في القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأ وأنه وجبت الدية فانكر المدعي عليه يحلف  
على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلته الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك  
وانما يحلف على هذا الوجه لا اختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ انها تجب على العاقل ابتداءً وتجب على القاتل  
ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالدية في ماله على ما نذكر ان شاء الله تعالى

**فصل** وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً بل مؤقتاً الى غاية احضار البيعة عند عامة  
العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو أقام المدعي البيعة بعد يمين المدعي عليه قبلت بيئته  
عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لانه لو أقام البيعة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا اذا استحلف لايبقى له ولاية  
اقامة البيعة والجامع ان حقه في احدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لان البيعة هي الاصل في الحججة  
لانها كلام الاجنبي فاما اليمين فكانت خلف عن البيعة لانها كلام الخصم صيرها للضرورة فاذا جاء الاصل انتهى حكم  
الحلف فكانه لم يوجد أصلاً ولو قال المدعي للمدعي عليه احلف وأنت برى من هذا الحق الذي ادعيت أو أنت  
برى من هذا الحق ثم أقام البيعة قبلت بيئته لان قوله أنت برى يحتمل البراءة للحال أي برى عن دعواه وخصومته  
لحاله ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم







اليد وكذا الوأقام الذي في يده البيعة على اقرار المدعي بذلك لان الثابت بالبيعة كالثابت بالمعينة ولو عابا اقراره  
لا تدفع الخصومة كذا هذا وكذلك اذا علم القاضي بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الاقرار لكونه  
حجة متعديا الى الناس كافة بمنزلة البيعة وكون الاقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة نعم لما تدفع الخصومة باقرار  
المدعي فبعل القاضي أولى ولو قال الذي في يده استعته من فلان النائب لا تدفع الخصومة لانه ادعى الملك واليد  
لنفسه وهذا مقرر بكونه خصما فكيف تدفع الخصومة ولو أقام المدعي البيعة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذي في يده  
أودعني عبد الله ذلك تدفع الخصومة من غير بيعة لانهما تصادقا على الوصول اليه من يد عبد الله فثبت اليد له وهو  
غائب وعلى هذا الاصل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم

**فصل** وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البيتين فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان  
حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البيتين القائمتين على أصل الملك والثاني في بيان حكم تعارض البيتين  
القائمتين على قدر الملك أما الاول فالأصل ان البيتين اذا تعارضا في أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح  
احدهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البيعة حجة من حجب الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع  
وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه  
وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لان العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما أصلا  
سقط اعتبارهما والتحقق بالعدم اذا حجة مع المعارضة كمالا حجة مع المناقضة وجملة الكلام في هذا الفصل ان الدعوى  
ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب  
(أما) دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذي اليد واما أن تكون من الخارجين على ذي اليد (وأما)  
أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد فدعوى الملك وأقام  
البيعة فلا تخلو اما ان قامت البيتان على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك مؤقت واما ان قامت  
احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا تخلو اما ان كانت بسبب واما ان كانت بغير سبب  
فان قامت على ملك مطلق عن الوقت فينبغي الخارج أولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله بيعة ذي اليد أولى (وجه)  
قوله ان البيتين تعارضا من حيث الظاهر وترجحت بيعة ذي اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عمل بينته في  
دعوى النكاح (ولنا) ان البيعة حجة المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعي وذو اليه ليس بمدع فلا  
تكون البيعة حجة والدليل على انه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعي انه اسم لمن يخبر عما في يده لغيره لنفسه والموصوف  
بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما في يده لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينته بالعدم فثبتت بيعة  
الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولا نبيته الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما اذا وقتت  
البيتان نصا ووقتت بيعة الخارج بجملة دلالة الوصف انها أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما اذا وقتت  
تخل لهم الشهادة بالملك المطلق الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق  
سوى اليد فاذا شهد بالخارج فقد أثبتوا كون المال في يده وكون المال في يده في يد ذي اليد ظاهر ان ثبت الحال فكانت يد  
الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك للخارج بقضى بينته لانه لما ثبت له الملك  
واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم انها انتقلت من يده اليه فوجب اعادته وورد المال  
اليه حتى يقيم صاحب اليد الاخر الحجة انه بأي طريق انتقل اليه كما اذا عين القاضي كون المال في يد انسان ويدعيه  
لنفسه ثم رآه في يده غيره فانه يأمره بالرد اليه اذا ادعاه ذلك الرجل الى ان يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا أقر  
المدعي عليه أن هذا المال كان في يد المدعي فانه يؤمر بالرد اليه الى أن يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال اليه كذلك  
هذا وصار كما اذا ارخا نصا وتاريخ أحدهما أسبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتائج لان هناك لم يثبت

سبق الخارج لا لعدم تصور سبق والتأخير فيه لان النتائج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر  
فتترجح بيعة صاحب اليد بهما بخلافه هذا اذا قامت البيتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب فأما اذا  
قامتا على ملك مؤقت من غير سبب فان استوى الوقتان يقتضى للخارج لانه بطل اعتبار الوقتين للتعارض فبقى  
دعوى ملك مطلق وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقتضى للاسبق وقتا أبهما كان في قول أبي حنيفة وأبي  
يوسف ويحمد رحمهم الله تعالى وروى ابن ساعدة عن محمد انه رجوع عن هذا القول عند رجوعه من الرقة وقال لا تقبل  
من صاحب اليد بيعة على وقت وغيره الا في النتائج والتصحيح جواب ظاهر الرواية لان بيعة صاحب الوقت الاسبق  
أظهرت الملك له في وقت لا ينافي فيه أحد فبقي المدعي الى أن يثبت بالدليل سببا للانتقال عنده الى غيره وان أقامت  
احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت من غير سبب لا عبرة للوقت عندهما ويقتضى للخارج وعند  
أبي يوسف يقتضى لصاحب الوقت أبهما كان وروى عن أبي حنيفة رحمه الله مثله (وجه) قول أبي يوسف أن بيعة  
صاحب الوقت أظهرت الملك له في وقت خاص لا يعارضها فيه بيعة مدعي الملك المطلق بيقين بل تحتمل المعارضة  
وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض للوقت فلا يثبت المعارضة بالشك ولهذا الوادعي كل واحد من الخارجين على  
ثالث وأقام كل واحد منهما البيعة انه اشتراه من رجل واحد ووقتت بيعة أحدهما وأطلقت الاخرى انه يقتضى  
لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتمل السبق والتأخير لان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن  
صاحب البيعة المطلقة لو وقتت بينته كان وقها أسبق فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت فستطاعت اعتبار الوقت فبقى  
دعوى مطلق الملك فيقتضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعى الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحدا  
فقد اتفقا على تلقي الملك منه ببيعته وانه أمر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق ولا تاريخ مع  
الاخر وشراؤه أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى هذا اذا قامت البيتان من الخارج وذو اليد  
على ملك مطلق أو مؤقت من غير سبب فأما اذا كان في دعوى ذلك بسبب فان كان السبب هو الارث فكذلك  
الجواب حتى لو قامت البيتان على ملك مطلق بسبب الارث بأن أقام كل واحد منهما البيعة على انه ملكه مات أبوه  
وترك ميراثا له يقتضى للخارج بخلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامت على ملك مؤقت واستوى الوقتان  
لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى مطلق الملك وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقتضى لاسبقتهما  
وقتا أبهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد الاول وفي قول محمد الاخر يقتضى للخارج لان دعوى الارث  
دعوى ملك الميت فكل واحدة من البيتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت في ملك الميت فكان  
الوارثين ادعى ملكا مطلقا أو مؤقتا من غير سبب وهناك الجواب هكذا في الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف الا  
في فصل واحد وهو ما اذا قامت احدى البيتين على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت فان هنا يقتضى للخارج  
بالاتفاق ولا عبرة للوقت كمالا عبرة له في دعوى المورثين وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد يطرد على أصل أبي  
يوسف فيشكل وان كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم  
وقد اثنى وادعى صاحب اليد انه اشترى الدار من الخارج وقده اثنى وأقام كل واحد منهما البيعة على ذلك فان أقاما  
البيعة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البيتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجب لواحد منهما على  
صاحبه شيء ويترك المدعي في يد ذي اليد وعند محمد يقتضى البيتين ويؤمر بتسليم المدعي الى الخارج (وجه) قول  
محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وأمكن التوفيق هنا بين البيتين بتصحيح العقدين بأن يجعل كان  
صاحب اليد اشترى أولا من الخارج وقبضه ثم اشترى من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد  
فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ قبض وفي هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به ولا وجه  
للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كان الخارج اشترى أولا من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان



في هذا التقدير افساد العقد الاخير لانه بيع العمار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعسف نصحيح العتدين بالتقدير الذي قلنا واذا صح العقدان بقي المشتري في يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم الى الخارج (وجهه) قول أبي يوسف وأبي حنيفة ان كل مشتري يكون مقرا بكون البيع ملكا للبائع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما اقرارا بملك المبيع لصاحبه فكان البيتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي الاقرارين تناف فتعذر العمل بالبيتين أصلا وان وقت البيتين ووقت الخارج أسبق فاذا لم يذكر واقبضا يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد وبيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد واذا لم يجز بقي على ملك الخارج وعند هذا ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكروا القبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان (وأما) اذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكر واقبضا يقضى بالخارج لانه اذا كان وقته أسبق يجعل سابقا في الشراء كانه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع اليه وكذلك ان ذكر واقبضا لانه يقدر كانه اشترى من صاحب اليد أولا وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه آخر وان كان السبب هو التنازع وهو الولادة في الملك فنقول لا يخلو اما ان قامت البيتان على التنازع واما ان قامت احدهما على التنازع والاخرى على الملك المطلق فان قامت البيتان على التنازع فلا يخلو اما ان كانت البيتان مطابقتين عن الوقت واما ان وقتا وقتا فان لم يوقتا وقتا يقضى لصاحب اليد لان البينة القائمة على التنازع قائمة على أولية الملك وقد استوت البيتان في اظهار الأولوية فتترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضي بيئته وقد روى عن جابر رضي الله عنه أن رجلا ادعى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم تنازع في بئر رجل وأقام البينة عليه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنفقة لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن ابيان من أصحابنا انه لا يقضى لصاحب اليد بل تهاجر البيتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب أصحابنا فانه نص على لفظة القضاء والترك في يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذا في الحديث الذي روي عنه النبي عليه الصلاة والسلام انه قضى بذلك لصاحب اليد وكذلك في دعوى التنازع من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب اليد ان ماذ كره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البينة على التنازع والاخر على الملك المطلق عن التنازع فيبيته التنازع أولى لما قلنا انها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلق منه وأما ان وقت البيتان فان اتفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للعارض فبقى دعوى الملك المطلق وان اختلفا بحكم سن الدابة فتقضى لصاحب الوقت الذي واقفه السن لانه ظهر أن البينة الاخرى كاذبة يمين هذا اذا علم سنهما فاذا أشكل سقط اعتبار التاريخ لانه يحتمل أن يكون سنهما موافقا لهذا الوقت ويحتمل أن يكون موافقا لذلك الوقت ويحتمل أن يكون مخالفا لهما جميعا فيسقط اعتبارهما كأنهما سكتا عن التاريخ أصلا وان خالف سنهما الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فثبتت البيتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تهاجر البيتان قال وهو الصحيح (وجهه) أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد نيقنا بكذب البيتين فالتحتمل بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين بوجب كذب الوقتين لا كذب البيتين أصلا ورأسا وكذلك لو اختلفا في جارية فقال الخارج انها ولدت في ملكي من أمي هذه وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا في الصوف والمرعى وأقام كل واحد منهما بينة انه له جزم في ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا في الغزل وأقام كل واحد منهما البينة انه له غزله

من قطع هوله يقضى لصاحب اليد والاصل أن المزارعة اذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة التنازع فيقضى لصاحب اليد فاذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى التنازع ويقضى للخارج وان أشكل الامر في الملك انه يحتمل التكرار أولا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا اذا اختلفا في اللبن فأقام كل واحد منهما البينة انه له حلب في يده وفي ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان في معنى التنازع وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا وكذلك لو اختلفا في جبن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه في ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جبن مرتين فكان بمنزلة التنازع ولو اختلفا في الارض والنخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه غرس النخل فيها يقضى بالخارج لان هذا البس في معنى التنازع لان التنازع سبب ملك الولد والغرس ليس بسبب ملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن في معنى التنازع وكذلك لو اختلفا في الجيوب النابتة والقطن الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرع في أرضه فانه يقضى بالارض والحلب والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا في البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه قلنا ولو اختلفا في حلي مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه في ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن في معنى التنازع ولو اختلفا في نوب خز أو شعر وأقام كل واحد منهما البينة انه له نسجه في ملكه فان علم أن ذلك لا يسج الا مرة واحدة يقضى لصاحب اليد لانه بمنزلة التنازع وان علم انه يسج مرتين يقضى للخارج وكذا ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا في سيف مطبوع وادعى كل واحد منهما انه طبع في ملكه يرجع في هذا الى أهل العلم بذلك ولو اختلفا في جارية وأقام كل واحد منهما البينة أن أمها أمته وانها ولدت هذه في ملكه يقضى بالجارية وأما بالخارج لان هذا ليس دعوى التنازع بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الام والبينة بيته الخارج في الملك المطلق فيقضى بالام للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذلك لو اختلفا في الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف للخارج لما قلنا شاتان احدهما بيضاء والاخرى سوداء وهم في يد رجل فأقام الخارج البينة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده انها ولدت في ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء لان بيته الخارج قامت على التنازع في البيضاء وبيته ذي اليد قامت فيها على ملك مطلق فبيته التنازع أولى كذا بيته ذي اليد قامت على التنازع في السوداء وبيته الخارج فيها قامت على ملك مطلق فبيته التنازع أولى ولو اختلفا في اللبن الذي صنع منه الجبن فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه الجبن في ملكه فيقضى للخارج لان البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك فبيته الخارج أولى في دعوى الملك المطلق ولو ادعى عبد آفي يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد في ملك الذي اشتراه منه وأقام ذو اليد البينة انه اشتراه من رجل آخر وانه ولد في ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة في ملك بائعه بمنزلة دعوى الولادة في ملكه لانه تلقى الملك من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذا لو ادعى ميراثا أو مية أو صدقة أو وصية وانه ولد في ملك المورث والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخارج مع ذي اليد كل واحد منهما التنازع يقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى التنازع وأقام البينة عليه يقضى له الا أن يعيد صاحب اليد البينة على التنازع فيكون هو أولى لان القضاء على المدعى الاول لا يكون قضاء على المدعى الثاني فلم يكن الثاني متضميا عليه فتسمع البينة منه فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بيته التنازع توجب الملك بصفة الاولوية وانه لا يحتمل التكرار كالتعق (وجهه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر رضاه ولو كان



حق العبد لقدرة على ابطاله كالرق واذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية كالورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالخاضع فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصص قضاء على الغائب من غير أن يكون له أرض أن يأخذها لانه لا يحتمل أن يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك البذر لا ملك الأرض لأن الأرض المفعوبة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لأن ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصص من أرضه لم يقض له فهذا أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز أن تكون الشاة وحلابها وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذي ذكرنا كله في دعوى الخارج الملك فاما دعوى الخارجين على ذي اليد الملك فنقول لا تخلو في الأصل من أحد وجهين اما ان يدعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر واما ان يدعى أكثر مما يدعى الآخر فان ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا أيضا وهو ان البينتين اما ان قامتا على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامتا على ملك موقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق والآخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب أو بغير سبب فان قامت البينتان على ملك مطلق من غير سبب فانه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعي رحمه الله قولان في قول تهاتر البينتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد وفي قول يقرع بينهما فيقتضى لمن خرجت له القرعة منهما وجه قول الشافعي رحمه الله ان العمل بالبينتين متعذر لثنايف بين موجبهما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنتين على الكمال في زمان واحد فيبطلان جميعا اذ ليس العمل باحدهما أولى من العمل بالآخرى لاستوائهما في القوة وترجح احدهما بالقرعة لو ردد الشرع بالقرعة في الجملة (ولنا) ان البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليان واجب بالقدر الممكن فان أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كافي سائر دليل الشرع من ظواهر الكتاب والسنة المشهورة وأخبار الآحاد والاقيسة الشرعية اذا تعارضت وهنا ان تعذر العمل بالبينتين باظهار الملك في كل محل أمكن العمل بهما باظهار الملك في النصف فيقتضى لكل واحد منهما بالنصف ولو قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب لانه اذا لم يثبت سبق أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحقيق بعدم فبقى دعوى الملك المطلق وان كان وقت أحدهما أسبق من الآخر فلا سبق أولى بالاجماع ولا يجزئ هنا خلاف محمد رحمه الله لان البينة من الخارج مسموعة بلا خلاف والبينتان قامت من الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح احدهما بالتاريخ لانها أثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فيؤمر بالدفع اليه الى ان يقوم الدليل على انه باى طريق انتقل اليه الملك وان أرخت احدهما وأطلقت الاخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أى حنفية ولا عبرة للتاريخ وعند أى يوسف يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البينة القائمة على الملك المطلق أقوى لان الملك المطلق ملكه من الاصل حكما ألا ترى انه يظهر في الزوائد وتستحق به الاولاد والا كساب وهذا حكم ظهور الملك من الاصل ولا يستحق ذلك بالملك الموقت فكانت البينة القائمة عليه أقوى فكان القضاء بها أولى (وجه) قول أى يوسف رحمه الله ما ذكرنا ان البينة المؤرخة تظهر الملك في زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ

بيتين بل تحتمل المعارضة وعدمها فلا يثبت المعارضة بالشك فثبتت بينة صاحب التاريخ بلا معارض فكان صاحب التاريخ أولى وجه قول أى حنفية رحمه الله ما مر أيضا ان الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقا ويحتمل أن يكون متاخرا لا احتمال أن صاحب الاطلاق لو أرخ لكن تاريخه أقدم يثبت السابق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ فبقى دعوى الملك المطلق هذا اذا قامت البينتان من الخارجين على ذي اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك بسبب فنقول لا تخلو اما ان ادعى الملك بسبب واحد من الارث أو الشراء أو التنازع ونحوها واما ان ادعى بسببين فان ادعى الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توثق البينتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك الموروث هو ملك الميت بعد موته وانما الوارث يخلقه ويقوم مقامه في ملكه ألا ترى انه يجهز من التركة ويقضى منها ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضرا وادعيا ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فان كان وقهما واحدا فكذلك لما مر وان كان أحد الوقتين أسبق يقضى لمن هو أسبق وقتا عند أى حنفية وأى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر ان الموروث ملك الميت والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخا للملك الوارث فسقط التاريخ للملكة والتحقيق بعدم فبقى دعوى الملك المطلق عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمد انهما ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا أرخا ملك الميتين فيقتضى لاسبقتهما تاريخا ذكره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث لالفسه فيصير كأنه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لقتضى لاسبقتهما وقتا لا لاثباته الملك في وقت لا تعارض فيه بينة الاخر كذا هذا ولو وقتت احدهما ولم توثق الاخرى يقضى بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحقق بعدم وأما عندهما فيصير كان المورثين الخارجين حضرا وادعيا ملكا فارخه أحدهما ولم يؤرخه الآخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذا هنا لانهما ادعيا تلقى الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ وان كان السبب هو الشراء فنقول لا تخلو اما أن تكون الدار في يد ثالث واما أن تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا تخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد واما ان ادعيا من اثنين فان كانت في يد ثالث وادعيا الشراء من واحد فان كان صاحب اليد وأقام البينة على الشراء منه ثمن معلوم وقد اتفق مطلقا عن التاريخ وذكر القبض يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تهاتر البينتان وفي قول يقرع بينهما فيقتضى لمن خرجت له القرعة وهي مسألة التهاتر وقد تقدمت واذا قضى بالدار بينهما نصفين يكون لهما الخيار ان شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن وان شاء تقض لان غرض كل واحد منهما من الشراء الوصول الى جميع المبيع ولم يحصل فواجب ذلك خلافا في الرضا فذلك أثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما أخذ نصف الدار رجوع على البائع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الا نصف المبيع وان اختار الرجوع كل واحد منهما بجميع الثمن لانه انقسخ البيع فان اختار أحدهما الرد والاخر الاخذ فان كان ذلك بعد قضاء القاضي وتخييره ايها فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضي بذلك أو جب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بالتجديد كما اذا قضى القاضي بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه الا نصف الدار فاما اذا اختار أحدهما ترك الخصومة قبل تخيير القاضي فلا خيار يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن لان المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فاذا انقطعت فقد زال المانع كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة قبل قضاء القاضي بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه بالكل وكذلك اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في توابع الخيار على نحو ما بينا غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو البائع تقبل من غير ذكر الملك له والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكر الملك للبائع لان المبيع في الفصل الاول في يد البائع



واليد دليل الملك فوهمت الغنية عن ذكره وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع فدعت الحاجة الى ذكره لصحة البيع هذا اذا لم تؤرخ البيعتان فاما اذا اختلفا في التاريخ فكذا ذلك لستقوت اعتبارهما بالتعارض فبقى دعوى مطلق الشراء وان كانت احدهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فتدفع بها الاخرى ولو اُرخت احدهما وأطلقت الاخرى فالمرور في أولها لانها تظهر الملك في زمان معين والاخرى لا تعرض للوقت فتحتل السبق والتأخير فلا تعارضها مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البيعتان ولكن ذكرت احدهما القبض فهي أولى لانها لما أثبتت قبض المبيع جعل كان بيع صاحب القبض أسبق فيكون أولى وكذلك لو ذكرت احدهما تاريخا والاخرى قبضا فيبينة القبض أولى الا ان تشهد بينة التاريخ أن شراءه قبل شراء الآخر فيقضى له ويرجع الآخر بائنه على البائع وكذلك لو اُرختا تاريخا واحدا وكرت احدهما القبض فيبينة القبض أولى الا اذا كان وقت الآخر أسبق هذا اذا ادعى الشراء من واحد وهو صاحب اليد أو غيره فاما اذا ادعى الشراء من اثنين يسوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البيعة على ذلك يقضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من من البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين الخارجين حضرا وأقاما البيعة على ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا هذا وثبت لهما الخيار والى الكلام في الخيار على نحو ما ذكرنا ولو وقتت البيعتان فان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فالأسبق تاريخا أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه الفرق لذكر الدار وهو المشتري ثبت الملك لنفسه والوارث ثبت الملك للميت وعن محمد في الاملاء انه يسوى بين الميراث والشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا لأن يؤرخا ملك البائعين وان وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا ادعى الشراء من رجل واحد فوقت بيعة أحدهما وأطلقت الاخرى أن بيعة الوقت أولى بوجه الفرق انهما اذا ادعيا الشراء من اثنين فقد ادعيا تلقى الملك من البائعين فتاريخ احدي البيعتين لا يدل على سبق أحد الشراء بل يجوز ان يكون شراء صاحبه أسبق من شرائه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعى الشراء من واحد لان هناك اتفاقا على تلقى الملك من واحد فتاريخ احدي البيعتين أوجب تلقى الملك منه في زمان لا ينافيه فيه أحد فيؤمر بالدفع اليه حتى يقوم على التلقى منه دليل آخر هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في يد أحدهما فان ادعى الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لان القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت الا بيعة تحتل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس أولى فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ وان ادعى الشراء من اثنين يقضى للخارج سواء وقتت البيعتان أولا أو وقتت احدهما دون الاخرى الا اذا وقتتا وقت صاحب اليد أسبق لانهما ادعيا تلقى الملك من البائعين فقاما مقام البائعين فصار كان البائعين حضرا وأقاما البيعة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لهما بالشراء من جهة ولا أحدهما يد فيجعل كان شراء صاحب اليد أسبق وان كان السبب هو التنازع بان ادعى كل واحد من الخارجين انها دابته نتجت عنده فان أقام كل واحد منهما البيعة على ملك مطلق يقضى بينهما نصفين لا يستواء الحجتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك في كل المحل فيعمل بهما بالقدر الممكن وان أقاما البيعة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبي حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجد قولهما ان السن اذا أشكل يحتمل أن يكون موافقا لوقت هذا ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذلك فستقط اعتبار الوقت وصار كأنهما سكتا عن الوقت أصلا وجه قول أبي حنيفة

حنيفة رحمه الله أن وقوع الاشكال في السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل حكمه فبقى الحكم للوقت فلا سبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذي اليد وان خالف الوقتين جميعا فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذي اليد وان أقام أحدهما البيعة على التنازع والاخر على ملك مطلق فيبينة التنازع أولى لما مر هذا اذا ادعى الخارج ان الملك من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والتنازع فان كان بسببين مختلفين فنقول لا يخلو اما ان كان من اثنين واما ان كان من واحد فان كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بان ادعى أحدهما انه اشترى هذه الدابة من فلان وادعى الآخر ان فلانا آخر وهما له وقبضهما منه قضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من البائع والواهب فقاما مقامهما كأنهما حضرا وادعيا وأقاما البيعة على ملك مرسل وكذا لو ادعى ثالث ميراثا عن أبيه فانه يقسم بينهما ثلثا ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهما ربعا بالعلم قلنا وان كان ذلك من واحد ينظر الى السببين فان كان أحدهما أقوى يعمل به لان العمل بالراجح واجب وان استوى في القوة يعمل بهما بقدر الامكان على ما هو سبيل دلائل الشرع بيان ذلك اذا أقام أحدهما البيعة انه اشترى هذه الدار من فلان وقبضه الثمن وقبض الدار وأقام الاخر البيعة ان فلانا ذاك وهما له وقبضهما يقضى لصاحب الشراء لانه يفيد الحكم بنفسه والهبة لا يفيد الحكم الا بالقبض فكان الشراء أولى (وكذلك) الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشراء مع الرهن والقبض لان الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البيعتان مع القبض يقضى بينهما نصفين لا يستواء السببين (وقيل) هذا فيما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما (فأما فيما) يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشي على أصل أبي حنيفة رحمه الله في الهبة من رجلين لحصول معنى الشيوع (وقيل) لا فرق بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها هنا لان هذا في معنى الشيوع الطارىء لقيام البيعة على الكل وانه لا يمنع الجواز (وكذلك) لو اجتمعت الصدقة مع القبض والهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لا يستواء السببين لكن هذا اذا لم يكن المدعى في يد أحدهما فان كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع لما مر (ولو اجتمع) الرهن والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس ان تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفي الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة أو الصدقة واحدة منهما البيعة على انه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لا يستواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة أو الصدقة أو الرهن فالنكاح أولى لانه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان أقوى ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبي يوسف وللرأة نصف نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى وللرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد ان الشراء أقوى من النكاح بدليل انه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا لا يصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح كالزوج على جارية غيره دل ان الشراء أقوى من النكاح (وجه) قوله أبي يوسف ان النكاح مثل الشراء فان كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا اذا ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فاما اذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الآخر بان ادعى أحدهما كل الدار والاخر نصفها وأقاما البيعة على ذلك فانه يقضى لمدعى الكل ثلاثة ارباع الدار ولمدعى النصف ربعها عند أبي حنيفة وعندهما يقضى لمدعى الكل ثلثي الدار ولمدعى النصف ثلثها وانما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق القسمة فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) القسمة بطريق المنازعة ان ينظر الى القدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سائما للمدعي (وتفسير) القسمة على طريق العدل والمضاربة ان تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل سهمه بكاف الميراث والدين المشتركة المتزايدة والوصايا فلما كانت القسمة عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهذا يدعى أحدهما



كل الدار والاخر لا ينازع الا في النصف فبقى النصف الاخر خاليا عن المنازعة فيسلم لدعى الكل لانه يدعى شيئا لا ينازع فيه غيره ومن ادعى شيئا لا ينازع فيه غيره يسلم له والنصف الاخر استوت فيه منازعتها فيقتضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعا ثلاثة ارباع الدار لدعى الكل واربعا لدعى النصف ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة تقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فهنا اربعة ارباع كل الدار والاخر يدعى نصفها فيجعل اربعة ارباع السهام فيجعل نصف الدار بينهما واذا جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فمدعى الكل يدعى سهمين ومدعى النصف يدعى سهما واحدا فيعطى هذا سهما وذاك سهمين فكانت الدار بينهما اثلاثا ثلثها لدعى الكل وثلثها لدعى النصف والصحيح قسمة اربعة ارباع حصة الرحمة لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة لدعى الكل الا في النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض فكان ما قاله ابو حنيفة عملا بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في ايديهما فيبني مدعى الكل اولى لانه خارج لانه يدعى على صاحبه النصف الذي في يده ومدعى النصف لا يدعى شيئا هو في يد صاحبه لانه لا يدعى الا النصف والنصف في يده فكان مدعى الكل خارجا ومدعى النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج اولى فيقتضى له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده على حاله هذا اذا ادعى الخارج جان شيئا في يد ثالث فانكر الذي في يده فاقام البينة فان لم يقيم لهما بينة وطلبائمين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعا يقتضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لا حدهما ونكل للاخر يقتضى للذي نكل لوجود الحجة في حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعى في يده قضاء تركه لا قضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينهما ما يقضى لهما بخلاف ما اذا اقام البينة وقضى بينهما نصفين ثم اقام صاحب اليد البينة على انه ملكه انه لا تقبل بينته وكذا اذا اقام احد المدعين البينة على النصف الذي استحقته صاحبه بعد ما قضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجهه) الفرق ان بالترك في يد المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعين متضاميا عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فاما) صاحب اليد فقد صار متضاميا عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعين بعد ما قضى بينهما نصفين صار متضاميا عليه في النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا اذا ادعى التلقي من جهة المستحق او ادعى التنازع وكذا الوادعى بائع المقضى عليه او بائع بئعه هكذا واقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم في حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضاء عليهم في حق ولا يلة الرجوع بالثمن الا اذا قضى القاضي لهذا المشتري بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعه ايضا هكذا فرق بين هذا وبين حرية الاصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم في حق بطلان الدعوى وثبوت ولا يلة الرجوع بالثمن على الباعة (ووجهه) الفرق بين الملك والعق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا اذا أنكر الذي في يده فان أقر به لا حدهما (فتقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة فان أقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر لانه المدعى في يده ومملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يجز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقراره اعلى غيره فلا يصح في حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع الى المقر لانه اقراره في حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع الى المقر لانه في الحال فاذا زكيت البينتان يقتضى بينهما نصفين لانه تبين ان المدعى كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقتضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقا بالعدم هذا كله اذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد او من الخارجين على ذي اليد فاما اذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بان كان المدعى في ايديهما فان اقام أحدهما البينة انه يقتضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده ترك في يده وهو معنى قضاء الترك

ولو اقام كل واحد منهما البينة انه يقتضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه لان كل واحد منهما في ذلك النصف خارج ولو لم يتم لاحدهما بينة يترك في ايديهما قضاء ترك حتى لو قامت لاحدهما بعد ذلك بينة تقبل لانه لم يصرم متضاميا عليه حقيقة هذا اذا لم يوقت البينتان فان وقتا فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا فلا سبق اولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت في بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وان وقت احدهما دون الاخرى يكون بينهما عند أبي حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبي يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك فلا حصل فيه ان البينة المظهرة للزيادة اولى كما اذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فقال البائع بعثك هذا العبد بالني درهم وقال المشتري اشترى بته منك بالف درهم واقام البينة فانه يقتضى بينة البائع لانها تظهر زيادة الف وكذا لو اختلفا في قدر المبيع فقال البائع بعثك هذا العبد بالف وقال المشتري اشترى بته منك هذا العبد وهذه الجارية بالف واقام البينة يقتضى بينة المشتري لانها تظهر زيادة وكذا لو اختلف الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على الف وقالت المرأة على الفين واقام البينة يقتضى بينة المرأة لانها تظهر فضلا ثم انما كانت بينة الزيادة اولى لانه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالعمل في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة ولا يلزم على هذا الاصل ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشترى بها بالف وقال المشتري بالالفين واقام البينة انه يقتضى بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لان البينة انما تقبل من المدعى لانها جعلت حجة المدعى في الاصل والمدعى هناك هو الشفيع لوجود حد المدعى فيه وهو ان يكون مخيرا في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فاما المشتري فيجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعى لا حجة المدعى عليه في الاصل لذلك قضى بينة الشفيع لا بينة المشتري بخلاف ما اذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن لان هناك البائع هو المدعى لان الخير في الخصومة ان شاء خاصه وان شاء لا وفيما اذا اختلفا في قدر المبيع المدعى هو المشتري الا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذا في باب النكاح المدعى في الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه في كتاب الشفعة وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في أجل الثمن في أصل الاجل أو في قدره واقام البينة ان البينة بينة المشتري لانها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا في مضيه واقام البينة فالبينة بينة المشتري انه لم يعض لانها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما في المسلم فيه في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال واقام البينة بعد تفرقهما ان البينة بينة رب السلم ويقتضى بسلم واحد بالاجماع لانهما اتفقا على ان المسلم اليه لم يقبض الا رأس مال واحد وان اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقتضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعا ويقتضى بسلمين (وجهه) قول محمد ان كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لا اختلاف البديلين فيعمل بهما جميعا ويقتضى بسلمين اذ لا تنافي بينهما ولهما اتفاقا على عقد واحد وانما اختلفا في قدر المعتود عليه قدر أو جنساً أو صفة وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا في رأس المال في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم اليه عندهما وعند محمد تقبل البينتان جميعا ويقتضى بسلمين والجميع على نحو ما ذكرنا هذا اذا تصادقا ان رأس المال كان ديناً فان تصادقا انه عين واختلفا في المسلم فيه فان كان رأس المال عيناً واحدة يقتضى بسلم واحد كما اذا قال رب السلم أسلمت اليك هذا الثوب في كرحنطة وقال المسلم اليه في كرح شعير فالبينة بينة رب السلم لان رأس المال اذا كان عيناً واحدة لا يمكن ان يجعل عقدين فيجعل عقد واحد أو بينة رب السلم تظهر زيادة فكانت اولى بالقبول واذا كان عينين بان قال رب السلم أسلمت اليك هذا القرس في كرحنطة وقال المسلم اليه هذا الثوب في كرح شعير يقتضى بسلمين بالاجماع لانه يمكن ان يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا كله



إذا كانت الدعوى دعوى الملك فامدعوى اليد بان تازع رجلان في شيء يدعيه كل واحد منهما انه في يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه فتقع الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان اقاما جميعاً البينة يتقضى بكونه في أيديهما لا استوائهما في الحجة وان اقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعي عليه وان لم تقم لأحدهما بينة فعلى كل واحد منهما التمين لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف هذا كله اذا قامت البينتان على الملك أو على اليد فاما اذا قامت إحدى البينتين على الملك والاخرى على اليد فيبينة الملك أولى نحو ما اذا اقام الخارج البينة على ان الدار له منذ سنتين وأقام ذو اليد البينة على انها في يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلّة كسيد الغصب والسرقة واليد المحقة قد تكون بدمك وقد تكون بداعارة واجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينهما معارضة لبينة الملك (واما) دعوى النسب فالكلام في النسب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ما يثبت به النسب وفي بيان ما يظهر به النسب وفي بيان صفة النسب الثابت اما ما يثبت به النسب فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما يثبت به نسب الولد من الرجل والثاني في بيان ما يثبت به نسب من المرأة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المرأة فراشاً له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أي لصاحب الفراش الا انه أضمر المضاف فيه اختصاراً كما في قوله عز وجل واسأل القرية ونحوه والمراد من الفراش هو المرأة فانها تسمى فراش الرجل وازارته وحافاه وفي التفسير في قوله عز شأنه وفرش مرفوعة انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشاً لما انها تفرش وتبسط بالوطء عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها ان النبي عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزاني فاقتضى ان لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زمانه اذ القسمة تنفي الشركة والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزاني بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل في النفي والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص فعلى هذا اذا زنى رجل بامرأة فجات بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسب من له نكاح الفوطه وانما المرأة فيثبت نسبها لان الحكم في جانبها يتبع الولادة على ما ذكر ان شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبيّاً في بدرجل انه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذبه المولى قيد أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه أقر انه مخلوق من مائه وان ملك أمه لم تصرام ولده لان أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعي أو عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعي فقتل هو ابني من الزنا ثبت نسب من له نكاح الفوطه وزنا مع ثبوت الملك ولو كان المدعي غير الاب فقتل هو ابني منها ولم يقبل من الزنا فان صدقه المولى ثبت نسب من له نكاح الفوطه وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعي ثبت النسب ويعتق عليه لان الاقرار بالبينة مطلقاً عن الجهة شمول على جهة مصححة للنسب وهي الفراش الا انه لم يظهر فقاذه للحال لقيام ملك المولى فاذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابني من نكاح فاسد أو شراء فاسد وادعى شبهة بوجه من الوجوه أو قال أحلها لي الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب مادام عبداً فاذا ملكه ثبت النسب ويعتق عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح في ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقة بالحقيقة فكان هذا اقراراً بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعاً الا انه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امها كانت أم ولد لانه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة مصححة

مصححة له شرعاً الا انها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يوجد سبب أمومية الولد أصلاً لا بعدم سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بجهة مصححة شرعاً وعلى هذا اذا ادعى رجل صبيّاً على ان الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه ونبئت من الزوج لان الفراش له وعلى هذا اذا ادعى رجل صبيّاً في يد امرأته فقال هو ابني من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسب من الرجل ولا من المرأة لان الرجل أقر انه ابنه من الزنا والزاو لا يوجب النسب والمرأة تدعي النكاح والنكاح لا يبدل من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس بان ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المرأة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الاول هو من النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح يثبت النسب وان كان ذلك منهما تناقضاً لان التناقض ساقط الاعتبار شرعاً في باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعاً في باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الثاني فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار الفراش انما عرفناه بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أي لملك الفراش ولا فراش للمرأة لانها مملوكة وليست بمالكة فبقي الحكم في جانبها متعلقاً بالولادة واذا عرفت ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت المرأة فراشاً له فلا بد من معرفة ما تصير به المرأة فراشاً وكيفيته عمله في ذلك فنقول والله التوفيق المرأة تصير فراشاً باحد أمرين أحدهما عقد النكاح والثاني ملك اليمين الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقداً موضوعاً لحصول الولد شرعاً قال النبي عليه الصلاة والسلام بنا كحوا توالدوا أكثر وافاني أباهي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سبباً مفصلياً الى حصول الولد فكان سبباً لثبات النسب بنفسه ويستوى فيه النكاح الصحيح والفاسد اذا اتصل به الوطء لان النكاح الفاسد ينعقد في حق الحكم عند بعض مشايخنا لوجود ركن العقد من أهله في محله والفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة وهذا لا يمنع انعقاده في حق الحكم كالبيع الفاسد الا انه يمنع من الوطء لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطء في حالة الحيض والنفاس وسواء كانت المنكوحة حرة أو أمة لان المتصور من فراش الزوجية لا يختلف وامامك اليمين في أم الولد يوجب الفراش بنفسه أيضاً لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفصلياً الى حصول الولد كملك النكاح الا انه أضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل الى غيره بالتزويج وينتفي بمجرد النفي من غير لعان بخلاف ملك النكاح وامام في الامة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الامة فراشاً بنفس الملك بلا خلاف وهل تصير فراشاً بالوطء اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله تعالى عنهم لا تصير فراشاً الا بقرينة الدعوة وقال الشافعي عليه الرحمة تصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوة وبعبارة مشايخنا رحمهم الله في هذا الباب ان الفراش ثلاثة فراش قوى وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوى فراش المنكوحة حتى يثبت النسب من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي من غير لعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافاً للشافعي (وجه) قوله ان ثبات النسب منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة لان الوطء سبب لحصول الولد قصد منه ذلك أولاً (ولنا) ان وطء الامة لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشتري للوطء عادة بل للاستخدام والاسترباح ولو وطئت فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بترك العزل والظاهر في الاماء هو العزل والعزل بدون رضا من مشروع فلا يكون وطؤها سبباً لحصول الولد الا بقرينة الدعوة ولانه لما ادعى علم بقرينة الدعوة انه وطئها ولم يعزل عنها والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصلها ولم يعزل عنها لا يحل له النفي فيما بينه وبين الله تعالى عز شأنه بل تازمه الدعوى والاقرار به لانه اذا كان كذلك فالظاهر انه ولده فلا يحل له شيعة فيما بينه وبين الله تعالى بلا خلاف بين أصحابنا رضي الله تعالى عنهم واختلفوا فيها اذا وطئها



وحصنها ولكن عزل عنها أولم يعزل عنها ولكنها لم يحصنها قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحل له النفي وقال أبو يوسف رحمه الله أحب إلى أن يدعو إذا كان وطئها ولم يعزل عنها وإن لم يحصنها وقال محمد بن علي بن الرضا أحب إلى أن يدعو إذا كان وطئها ولم يعزل عنها احتتمل كون يعق ولدها ويستمتع بأمه إلى أن يقرب موته فيعتقها وجه قول أبي يوسف أنه إذا وطئها ولم يعزل عنها احتتمل كون الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال وجه قول أبي حنيفة أنه إذا لم يحصنها احتتمل كون من غيره فلا يلزمه الاقرار بالشك لأن غير الثابت يبين لا يثبت بالشك كما أن الثابت يبين لا يزول بالشك وجه قول محمد بن أحمد إذا احتتمل كون من غيره فلا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولم احتتمل كون من غيره لا يجوز له النفي أيضا كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه لأن الاستمتاع بالامة وأم الولد مباح ويعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحر بعد موته عسى ويستوى في فراش الملك ملك كل الحبل وبعضه وملك الذات وملك اليد في ثبوت النسب وبيان ذلك في مسائل إذا حملت الجارية في ملك رجلين فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسب الولد منه لأن ماله من الملك أوجب النسب بقدره إلا أن النسب لا يجزأ فثبت في البعض يتعدى إلى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها الشريك ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهي من مسائل كتاب العتق ولو ادعياه جميعا معا فهو بينهما والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو ابن أحدهما ويتعين بقول القائل وجه قوله أن خلق ولد واحد من ماء فحين مستحيل عادة ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك إلا في الكلاب على ما قيل فلا يكون الولد إلا من أحدهما ويعرف ذلك بقول القائل فان الشرع ورد بقبول قول القائل في النسب فانه روي أن قائل امر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة واحدة قد غطي وجوههما وأرجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام يشبه بعضها بعضا فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرح بذلك حتى كادت تبرق أساور بوجهه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائل حيث لم يرد عليه بل قرره بظاهر القرح (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي انه وقعت هذه الحادثة في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب إلى شرح لبس فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنتهما وبناتها وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم يثبت انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا لأن سبب استحقاق النسب بأصل الملك وقد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصصه للنسب ثم يتعدى الضرورة عدم التجزؤ فيثبت نسب من كل واحد منهما على الكمال وأما فرح النبي عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتتمل انه لم يكن لا اعتباره قول القائل حجة بل لوجه آخر وهو أن الكفار كانوا يظنون في نسب اسامة رضي الله عنه وكانوا يعتقدون التيافة فلما قال القائل ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم والاحتتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا فهو بينهم جميعا ثابت نسب من الجارية أم ولد لهم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت من أكثر من ثلاثة وجه قول أبي يوسف أن القياس يثبت ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد لما ذكرنا للشافعي الا اننا تركنا القياس في رجلين باثر سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فبقى حكم الزيادة مردودا إلى أصل القياس وجه قول محمد بن أحمد أن الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أولاد وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة وقد جاء عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه أثبت النسب من ثلاثة فاما الزيادة على الثلاثة في بطن واحد فنادر غاية الندرة فالشرع الوارد في الاثنين يكون واردا في الثلاثة ولا يثبت حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة فالفصل بين عدد ودعوى يكون حكما من غير دليل وسواء كانت الانصبا متفقة أو مختلفة بان كان لأحدهم السدس وللاخر الربع وللاخر الثلث وللاخر ما بقى فالولد بينهم جميعا فحكم النسب لا يختلف لأن سبب ثبات النسب هو أصل الملك لا حصة الملك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الاستيلاء فيثبت في نصيب كل

واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى إلى نصيب غيره ولو كانت الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معا فالاب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله يثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انهما استويا في سبب الاستحقاق وهو أصل الملك فيستويان في الاستحقاق (ولنا) ان ترجيح الجانب الاب لأن نصف الجارية ملكه حقيقة وله حق تملك النصف الآخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الاب أولى ويملك نصيب الابن من الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لا نه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في الجارية المشتركة بين الاجنيين وبضمن كل واحد منهما لآخر نصف العقر لأن الوطء من كل واحد منهما في قدر نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الاجنيين بضمن كل واحد منهما نصف العقر لا آخر ثم يكون النصف بالنصف قصاصا كما في الاجانب وهذا بخلاف حالة الاقرار فان أم ولد رجل إذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسب من غيره ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لأن هناك صار مملكا للجارية ضرورة صحة الاستيلاء بسا بقا عليه أو مقارنا له لانعدام حقيقة الملك فجعل الوطء في الملك وهما الاستيلاء صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا حاجة إلى التملك لصحة الاستيلاء وانه صحيح بدونه وانما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لا نه لا يتجزأ التجزؤ على ما ذكرناه والفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لا نه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحافد جارية فجاءت بولد فادعياه معا والاب يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب بمنزلة الابن ولو ادعى الولد أحد المالكين وأب المالك الآخر فالملك أولى لأن له حقيقة الملك ولأب المالك الآخر حق التملك فكان المالك الحقيقي أولى هذا كله إذا كان الشريك المدعيان حريين مسلمين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لأن ثبات النسب منه أنفع حيث يصل هو إلى حقيقة الحرية وأمه إلى حق الحرية وكذلك لو كان أحدهما حرا والآخر عبدا مكتوبا فالحر أولى لأن الولد يصل إلى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما مكتوبا والآخر عبدا مكتوبا فالأولى لأنه حر يداف كان أفع للولد ولو كانا عبدين يثبت النسب منهما جميعا لكن هل يشترط فيه تصديق المولى فيه روايتان ومنهم من وفق بين الرويتين فحمل شرط التصديق على ما إذا كان العبد محجورا وحمل الاخرى على ما إذا كان مأذونا وعملا بهما جميعا ولو كان أحدهما مساميا والآخر ذميا فالمسلم أولى استحسانا والقياس أن ثبت نسب منهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وزفر وجه القياس أن النسب حكم الملك وقد استويا في الملك فيستويان في حكمة كما في سائر الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان ثبات النسب من المسلم أنفع للصبي لأنه يحكم بإسلامه تبعاله وكذلك لو كان أحدهما كتابيا والآخر محسوبا فالقياس ان يثبت النسب منهما لا استويا في الملك وفي الاستحسان الكتابي أولى لأنه أقرب إلى الاسلام من المحسوبي فكان أنفع للصبي ولو كان أحدهما عبدا مساميا أو مكتوبا مساميا والآخر حرا كافر فالحر أولى لأن هذا أنفع للصبي لأنه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه إذا عقل ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذميا والآخر مرتدا فهو ابن المرتد لأن ولد المرتد على حكم الاسلام ألا ترى انه إذا بلغ كافر يجبر على الاسلام وإذا أجبر عليه فالظاهر انه يسلم فكان هذا أنفع للصبي هذا كله إذا خرجت دعوة الشريكين معا فاما إذا سبقت دعوة أحدهما في هذه القصول كلها كائنا من كان فهو أولى لأن النسب إذا ثبت من انسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا إذا حملت الجارية في ملكها فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو ادعياه جميعا فاما إذا كان العلوق قبل الشراء بان اشتريها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له وضمان نصف قيمة الام موسرا كان أو معسرا فلا يختلف ويختلف حكم العقر والولد فلا يجب العقر هنا ويجب هناك لأن الاقرار بالنسب هنا لا يكون اقرارا بالوطء لثبوت النسب في الملك بخلاف الاول والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعنته أحدهما لان ابداء العلوق لم يكن في ملكه فلم يجوز اسناد الدعوى إلى حالة العلوق الا انه ادعى نسب ولد بمضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء الاعتاق ولو اعتق هذا



الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا هذا بخلاف ما اذا علق الجارية في ملكها لان هناك اسندت الدعوة الى حال العلق فستط الضمان وهذا يستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولاء بينهما وان ادعيه فهو بينهما ولا عقر لولا احد منهما على صاحبه كافي الاول ولا يفرق ان الا في الولاء فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة مئة دعوة الاستيلاء فيعلق الولد حر او الدعوة هناك دعوة تحرير وانه بوجوب استحقاق الولاء قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعترق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة احد هاتين فلهذا قل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها اذا جاءت به لا قل من ستة أشهر فقد تيمنا ان علق الولد كان من النكاح وعقد النكاح بوجوب الفراش بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانها صارت أم ولد له فصارت متمسكا بنصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه علق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملًا لجاءت بولد فادعاه أحد هاتين يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوة تحرير فادعاه فقد حرره والتحرير بارتلاف نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتاق حقيقة فيضاف نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتاق حقيقة فيضاف العتق اليه الى القرابة هذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولما فادعاه أحد الشريكين أو ادعيه جميعا فاما اذا ولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولدا على حدة فنقول هذا في الاصل لا يخلو اما أن ولدتهما في بطن واحد واما أن ولدتهما في بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت احدهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمين دعوة الآخر لا تستحال الفصل بينهما في النسب لعلو قبهما من ماء واحد فكانت دعوة أحد هاتين دعوة الآخر ضرورة وان سبق أحد هاتين بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضرورة ثبوت نسب الآخر وعتقا جميعا لعلو قبهما حرى الاصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا ولدتهما في بطن واحد فاما اذا ولدتهما في بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الاكبر من مدعى الاكبر بلا شك وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية ونصف العقر لمدعى الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعى الاصغر فالقياس ان لا يثبت الا بتصديق مدعى الاكبر وفي الاستحسان يثبت وجه القياس ان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر لثبوت نسب الاكبر منه فمدعى الاصغر يدعى ولداً أم ولد الغير ومن ادعى ولداً أم ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث أخر الدعوة الى دعوة فصارت مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغرور من جهته وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العقر لمدعى الاكبر لكن نصف العقر أو كله ففيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن لان رواية نصف العقر على مدعى الاصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الاكبر قد غرم نصف العقر لمدعى الاصغر فالنصف بالنصف يلتزمان قصاصا فلا يبقى على مدعى الاصغر بعد المقاصة الا النصف فامكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعى الاصغر قيمة الولد الاصغر لانه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فاذا ادعى مدعى الاصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعى الاكبر نصف قيمة الجارية لصيرورتها أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعى الاكبر قصاصا بنصف العقر وقيمة الولد الذي على مدعى الاصغر ويترادان الفضل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معا فادعى أحدهما الاكبر والاخر الاصغر فاما اذا سبق أحدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر أو لا فقد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر بعد ذلك اذا ادعى الاخر الاصغر فقد ادعى ولداً أم ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا ادعى السابق بالدعوة الاكبر

اولا فاما اذا ادعى الاصغر أو لا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه الاخر والاكبر بعد رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد فادعاه الشريك الاخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين اعتقه أحد هاتين عتق نصيبه وثبت نسبه منه والشريك الاخر بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وان كان معسرا فله خيار العتاق والاستسعاء لا غير وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير وان كان معسرا فله الاستسعاء على ما علم في كتاب العتاق ولو قال أحد هاتين الاكبر ابني والاصغر ابني شريك يثبت نسب الاكبر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشريكه والاصغر ولد له أم ولد له أقر بنسبه لشريكه فان صدقه شريكه ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وأخر بأن قال الاصغر ابني والاكبر ابني شريك يثبت نسب الاصغر منه ونسب الاكبر موقوف على تصديق شريكه ولو قال أحد هاتين الاكبر ابني والاكبر ابني شريك يثبت نسب الاكبر منه ونسب الاكبر موقوف على تصديق شريكه فان صدقه ثبت النسب منه ويغرم لمدعى الاصغر نصف قيمة الاكبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين شهد أحدهما على صاحبه بالا عتاق وكذبه صاحبه ما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في يد انسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم فنقول لا يخلو اما أن ولدوا في بطن واحد واما أن ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو اما أن ادعى أحدهم بعينه واما ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه فقال أحدهم لا ابني أو عين واحد منهم فقال هذا ابني عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقي لانهم توأم علقوا من ماء واحد فلا فصل بين البعض والبعض في النسب واذا ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له وهل يثبت بطن واحد واما اذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الاكبر ولدي ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له وهل يثبت نسب الاوسط والاصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما حكم الام في الاستحسان لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الاكبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الاوسط والاصغر ولد أم الولد وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة مالم يوجد النفي منه ولم يوجد وجه الاستحسان أن النفي فيه وان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة فان ذلك دليل نفي البواقي اذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معنى هذا اذا ادعى الاكبر فاما اذا ادعى الاوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والاكبر رقيق لانه ولد على ملكه ولم يدعه أحد وهل يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا اذا ادعى الاوسط فاما اذا ادعى الاصغر فهو حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والاكبر والاوسط رقيقان لما ذكرنا هذا اذا ادعى أحدهم بعينه فاما اذا ادعى بغير عينه فقال أحدهم لا ابني فان بين الحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لانه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقران الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد وأما حكم الا ولدت في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم في كتاب العتاق عبد صغير بين اثنين اعتقه أحدهما ثم ادعاه الاخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة رحمه الله ونصف ولاته الاخر وعندهما لا يثبت نسبه بناء على أن الاعتاق يتجزأ عنه فيبقى نصيب المدعى على ملكه فتصح دعوة فيه وعندهما لا يتجزأ أو يعتق الكل فلم يبق للمدعى فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا كذلك عنده لما ذكرنا انه يبقى الملك له في نصيبه وعندهما ان صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج على الاصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك السيد ثابت له وانه كاف لثبات



النسب ولو ادعى المضارب ولد جارية المضارب بتم تصح دعونه اذ لم يكن في المضارب ربح لانه لا بد لثبات النسب من ملك ولا ملك للمضارب أصلاً لا ملك الذات ولا ملك اليد اذ لم يكن في المضاربة ربح ولو ادعى ولداً من جارية مولاه ليس من تجارته وادعى ان مولاهما أحله له أو زوجها منه لا يثبت نسبته منه الا بتصديق المولى لانه أجنبي عن ملك المولى لا نعدام الملك له فيه أصلاً فالتحقق بسائر الاجانب الا في الحد فان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه فقدت دعونه لانه أقر بحجة مصححة للنسب لكن توقف تقاضه لحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أو لا لان النسب ثبت بالنكاح صحيحاً كان أو فاسداً وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارية من أمة كسائه صحيحة لان ملك اليد والتصرف ثابت له كالماذون وإذا ثبت نسب الولد منه لم يحجز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلا يملك مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب وأما الأم فلا نه له فيها حق ملك يتقارب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فتع من بيعها والعبد المسلم والذي سواه في دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والذي لان الكفر لا ينافي النسب ويستوى في دعونه الاستيلاء وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلوق في الملك فان كان العلوق في غير الملك كانت دعونه دعوة تحرير بشرط قيام الملك عند الدعوة فان كان في ملكه يصح وان كان في ملك غيره لا يصح الا بشرط التصديق أو البينة فتقول جملة الكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاء ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاء هي ان يكون علوق المدعى في ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فينبين انه علق حراً ودعوة التحرير هو ان يكون علوق المدعى في غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة في مسائل اذا اولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعداً فلم يدع الولد حتى باع الام والمولد ثم ادعى الولد تحت دعونه ويثبت النسب منه وعتق وظهر ان الجارية أم ولد له وبطل البيع في الجارية وفي ولدها وهذا استحسان وفي القياس ان لا تصح دعونه ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان ان قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط ان يكون علوق الولد في الملك لان هذه الدعوة تستند الى وقت العلوق فاذا كان علوق الولد في ملك المدعى فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطلان كما لا يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعونه وظهر ان الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فبردها وولدها ويرد النكاح ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ وان لم يحتمله لا يفسخ الا لضرورة فتقول ببيانه اذا كان المشتري باع الولد أو وهبه أو رهنه أو أجره أو كاتبه فادعاه البائع تقض ذلك ويثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض وكذلك لو كان المشتري باع الام أو كاتبها أو رهنها أو أجرها أو زوجها لما قلنا ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم تصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان الا لضرورة لانه يعقبه أثراً لا يحتمل البطلان وهو الولاء وكذلك لو مات الولد أو قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان المشتري باع الولد فأعتقه المشتري أو برده أو مات عبده لم تصح دعوة البائع لما قلنا ولو كان المشتري أعتق الام أو بردها دون الولد تحت دعونه في الولد لم تصح في الام وفسخ البيع في الولد ولا يفسخ في الام لان المانع من الفسخ خص الام ولا تصير الجارية أم ولد له لان أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح ثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له لئلا أن يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع في الولد برد البائع من النكاح حصته الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولداً بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيستقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند المشتري وأخذت رشاها ادعاه البائع ثبت نسبها وسلم الارش للمشتري لان هذه دعوة الاستيلاء وانما تستند الى

وقت العلوق ومن شأن المستند ان يثبت للحال أولاً ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال لاستحالة ثبوت الحكم في الحال واليد المتطوعة هالك فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد ويستقط عن البائع من النكاح حصته الولد لانه سلم البذل للمشتري وهو الارش ولو ماتت الام ثم ادعى البائع الولد تحت دعونه ويثبت النسب لان محل النسب قائم وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد جميع الثمن عند ان حنيفة نعم وعندهم لا برد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمة فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فأصاب قيمة الام يستقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر ان الجارية أم ولد له ومن باع أم ولد له ثم هلك عند المشتري لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهم تكون مضمونة عليه ولتب المسئلة أن أم الولد غير متقومة من حيث انها مال عنده وعندهم متقومة وهي من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والمحل غير ظاهر فولدت في يد المشتري لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا اذا حملت الجارية في ملكه فباعها وهي حامل فولدت عند المشتري لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع هذا اذا اولدت ولداً (فأما) اذا اولدت ولدين في بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى أحدهما تحت دعونه ولزمه الولدان جميعاً ما امر أن التوأمين لا يحتملان الفصل في النسب لا تخلافاً من ماء واحد فان ولدت أحدهما لاقل من ستة والآخرة لا أكثر من ستة أشهر فادعى أحدهما ثبت نسبهما ويجعل كأنهما ولدتهما جميعاً عند البائع لاقل من ستة أشهر لانهما كانا جميعاً في البطن وقت البيع ولو ولدتهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبهما ونسب الولد المبيع أيضاً سواء كان المشتري ادعاه أو أعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل في ثبات النسب من ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وكذلك لو ولدتهما عند المشتري فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعاً وينتقض العتق ضرورة فرقابين الولد وبين الام انه لو كان أعتق الام فادعى البائع الولد لا ينتقض العتق في الام وينتقض في الولد لان العتق لا يحتمل الفسخ مقصوداً وانما يحتمل للضرورة وفي الولد ضرورة عدم الاحتمال للاقتضال في النسب ولا ضرورة في الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات النسب في الجملة ولو قطعت يد أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الارش للمشتري لا للبائع الا أن قيم البائع اليه على الدعوة قبل البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال واليد المتطوعة هالك فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول لا للمشتري فرقابين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصود أهوالنفس وانما يظهر في الاطراف تبعاً للنفس وبالقطع انقطع التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشتري ونفس كل واحد من التوأمين أصل في حكم الدعوة متى تحت في أحدهما تصح في الآخر وان كان مقتولاً ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما في النسب ومتى تحت الدعوة استندت الى وقت العلوق لانها دعوة الاستيلاء فتبين انهما علقا حراً فكان ينبغي أن يجب الدية لورثة المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان حجة هذه الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهراً من وجه مقتصر على الحال من وجه فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملاً بشبه الاقتصاد وجعلنا الواجب لورثة المقتول عملاً بشبه الظهور عملاً بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو أعتق المشتري أحدهما ثم قتل ميراثاً فأخذ ديبته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فانه يقضى بالحي واما للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه وبأخذ الدية والميراث من المشتري لما قلنا هذا اذا ولدت في يد المشتري لاقل من ستة أشهر من وقت البيع فان ولدت لستة أشهر فصاعداً لم تصح دعوة البائع الا أن يصدقه المشتري لان ما تيقن بالعلوق في الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة دعوة استيلاء فتصح دعوة تحرير ويشتري لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح الا اذا صدقه المشتري فتصح لانه أقر بنسب عبده غيره وقد صدقه الغير في ذلك فثبت نسبها ويكون عبداً لمولاه ولو



ادعى المشتري نسبه بعد تصديقه البائع يصح لما أمر أن النسب متى ثبت لا نسيان في زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله اذا كانت الدعوى من البائع فان كانت من المشتري وقد ولدت لاقول من ستة أشهر تحت دعونه وثبت النسب لان هذه دعوة نحر ولا دعوة استيلاء لثبوتنا ان العلوق لم يكن في الملك فيستدعي قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا تسمع دعونه لما أمر أن اثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يتمتع ولو ادعاه البائع والمشتري معاً فدعوة البائع أولى لان دعونه دعوة استيلاء لوقوع العلوق في الملك وانما تستند الى وقت العلوق ودعوة المشتري دعوة نحر ولو وقع العلوق في غير الملك يثبت وانما تقتصر على الحال والمستند أولى لانه سابق في المعنى والسابق أولى كرجلين ادعى ان لكل واحد من واحد ونار بنح أحدهما أسبق كان الأسبق أولى كذا هذا وعلى هذا اذا ولدت امرأة رجل ولداً في ملكه لستة أشهر فصاعداً فادعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهه أو لا صدقه الابن في ذلك أو كذبه لان الاقرار بنسب الولد اقرار بوطء الجارية والاب اذا وطئ جارية ابنه من غير نكاح يصير متملكاً اياها لحاجته الى نسب ولد بحيازة ذكره ولا يثبت النسب الابن بالملك والاب ولاية تملك مال ابنه عند حاجته اليه ألا ترى انه يملك ماله عند حاجته الى الاثبات على نفسه كذا هذا الا أن هناك يملك بغير عوض وهنا بعوض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين اذا الحاجة هناك الى ابقاء النفس والحاجة هنا الى ابقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض أقوى من التملك بعوض لان ما قبله عوض كان تملك كصورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهرجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الابن وجانب الاب وتصدق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن في الدعوى والاقرار أو كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى اذا ادعى ولد أمة مكانه انه لا يثبت نسبه منه لا بتصدق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لانه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبياً عنه فوقع الحاجة الى تصديقه وللأب ولاية على مال ابنه فلا يحتاج الى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اشتراها الابن فجاءت بولد لاقول من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح دعونه لا نعدام الملك وقت العلوق وكذا لو باعها فجاءت بولد في يد المشتري لاقول من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح لان نعدام الملك وقت الدعوة وكذا لو كان العلوق في ملكه وولدت في ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لا تقطع الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن في الجارية من وقت العلوق الى وقت الدعوة شرط لصحة هذه الدعوة لان الملك يثبت مستند الى زمان العلوق ولا يثبت الملك الاب بالملك ولا تملك الاب بولاية التملك لان تملك مال الانسان عليه كرها وتنفيذ التصرف عليه جبراً لا يكون الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فاذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلوق الى وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب لو كان كافراً أو عبداً فادعى لا تصح دعونه لان الكفر والرق ينفيان الولاية ولو كان كافراً أو عبداً فاعتق فادعى نظري في ذلك ان ولدت بعد الاسلام أو الاعتاق لاقول من ستة أشهر لم تصح دعونه لان نعدام ولاية التملك وقت العلوق وان ولدت لستة فصاعداً تحت دعونه وثبت النسب لقيام الولاية ولو كان معتوهاً فاق تحت دعونه استحساناً والقياس أن لا تصح لان الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان ان الجنون أمر عارض كالأغماء وكل عارض على أصل اذا زال يلحق بالعدم من الأصل كأنه لم يكن كالو أغمى عليه ثم أفاق ولو كان مرتداً فادعى ولد جارية ابنه فدعونه موقوفة عند أبي حنيفة لتوقف ولايته وعندهما تحيجه لتفاد ولايته بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة واذا ثبت الولد من الاب فتقول صارت الجارية أم ولد ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه) قولهم أن الملك ثبت شرط لصحة الاستيلاء والاستيلاء لا يلاج منزل معلق فكان الفعل قبل الانزال خالياً عن الملك فيوجب العقر ولهذا يوجب نصف العقر في الجارية المشتركة بين الاجنيين اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لان

الوطء في نصيب شر بكم حصل في غير الملك فيوجب نصف العقر (ولنا) أن الابلح المنزل المعاق من أوله الى آخر الابلح واحد فكان من أوله الى آخره استيلاء فلا بد وأن يتقدمه الملك أو يقارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر خلاف الجارية المشتركة لان ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطاً لصحة الاستيلاء ونبات النسب لان نصف الجارية ملكه وقيام أصل الملك يكتفي لذلك وانما ثبت حكم الثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة انه لا يتجزأ وحكم الشيء لا يستقيم بل يتعقبه فوطء المدعى صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له في نصيب شريكه والوطء في غير الملك يوجب الحد الا انه سقط للشبهة فوجب العقر وهذا التملك ثبت شرطاً لثبوت النسب وصحة الاستيلاء وشرط الشيء يكون سابقاً عليه أو متارناً له فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضاً لانه علق حراً وان كانت الجارية مملوكة لا ولاية عليه لان ذلك حكم الاعتاق فيستدعي تقدم الرق ولم يوجد ودعوة الجدة أي الاب ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الاب عند انعدامه أو عند انعدام ولايته (فأما) عند قيام ولايته فلا حتى لو كان الجدة نصرانياً وحافده مثله والاب مسلم لم تصح دعوة الجدة لقيام ولاية الاب وان كان الاب ميتاً أو كان كافراً أو عبداً نصح دعوة الجدة لا تقطع ولاية الاب وكذا اذا كان الاب معتوهاً من وقت العلوق الى وقت الدعوة تحت دعوة الجدة لقلنا فان أفاق ثم ادعى الجدة لم تصح دعونه لانه لما أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الأصل فعادت ولاية الاب فستقطت ولاية الجدة ولو كان الاب مرتداً فدعوة الجدة موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله فان قتل على الردة أو مات تحت دعوة الجدة وان أسلم لم تصح لتوقف ولايته عنده كتوقف تصرفه وعندهما لا تصح دعوة الجدة لان تصرفاته عندهما نافذة فكانت ولايته قائمة هذا اذا وطئ الاب جارية الابن من غير نكاح (فأما) اذا وطئ بالنكاح ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لان النكاح يوجب الفراش بنفسه صحيحاً كان أو فاسداً ولا يملك الجارية لانه وطئها على ملك الاب بعقد النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب النكاح ويعتق الولد على أخيه بالقرابة لان النسب انما يثبت بعقد النكاح لا بملك اثنين فثبتت الجارية على ملك الابن وقد ملك الابن أخاه فيعتق عليه فان ملك الاب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد وهو نبات النسب الا انه توقف حكمه على وجود الملك فاذا ملكها صارت أم ولد له هذا كله اذا ادعى الاب ولد جارية ابنه فأما اذا ادعى ولد أم ولد أو مدبرته بأن جاءت بولد فنفاه الابن حتى انتفى نسبه منه ثم ادعاه الاب لم يثبت نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد ويثبت نسب ولد المدبرة من الاب وعليه قيمة الولد والعقر والولاية للابن (وجه) هذه الرواية أن اثبات النسب لا يثبت على ملك الجارية لا بحالة فان نسب ولد الأمة المنكوحة يثبت من الزوج والأمة ملك المولى (وأما) القيمة فلانه ولد نبات النسب علق حراً فأشبهه ولد المغرور فيكون حراً بالقيمة والولاية للابن لانه استحقته بالتدبير وانه لا يحتمل التسخير بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لان أم الولد فراش لمولاه فكان الولد مولوداً على فراش الابن والمولود على فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره وان انتفى عنه بالنفي كما في اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لان النسب لا يثبت الاب بالملك وأم الولد والمدبرة لا يحتملان التملك ويضمن العقر لانه اذا لم يملكها فقد حصل الوطء في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا اذا لم يصدقه الابن في الدعوى بعد ما نقاه فان صدقه ثبت النسب بالاجماع لان نسب ولد جارية الاجنبي يثبت من المدعى بتصديقه في النسب فنسب ولد جارية الابن أولى ويعتق على الابن لان أخاه ملكه وولاه له لان الولاء لمن أعتق ولو ادعى ولد مكانة ابنه لم يثبت نسبه منه لان النسب لا يثبت بدون الملك والمكانة لا يحتمل التملك فلا تصح دعونه الا اذا عجزت فتتخذ دعونه لانها اذا عجزت فقد عادت قناً وجعل المعارض كالعدم من الأصل فصار كالموادعي قبل الكتابة والله سبحانه وتعالى أعلم



**فصل** وأما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة وبالبينة أخرى أما ظهور النسب بالدعوة فيستدعي شرائط صحة الدعوة والاقرار بالنسب وسند كره في كتاب الاقرار بأنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر الا بشرطة التصديق فنقول جملة الكلام فيه ان المدعى نسبه اما أن يكون في يد نفسه واما أن لا يكون فان كان في يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعى الا اذا صدقه لانه اذا كان في يد نفسه فقراره يتضمن ابطال يده فلا ينطأ الا برضاه وان لم يكن في يد نفسه فاما أن يكون مملوكا واما أن لم يكن فان كان مملوكا يثبت نسبه بنفس الدعوة اذا كان في ملك المدعى وقت الدعوة وان كان في ملك غيره عند الدعوة فان كان علقه في ملك المدعى ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علقه في ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما أن لم يكن في يد أحد ولا في يد غيره ولا في يد نفسه كالصبي المنيب واما أن كان في يد أحد كالقبط فان لم يكن في يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمر آجئ الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخبر بما هو محتمل الثبوت وكل عاقل أخبر بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق نظر من الجانبين جانب القبط بالوصول الى شرف النسب والحضانة والترتبة وجانب المدعى بولديستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل في دعوى ما ينفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلا أن ثبت نسبه منهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت الا من أحدهما ويتعين قبول القافة على ما ذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فمعد أي حنيفة رحمه الله يثبت نسبه من خمسة وعند أبي يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقد مرّت المسئلة ولو ادعته امرأتان تحت دعوتيهما عند أبي حنيفة وعندهما لا تصح وسند كره الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا اذا لم يكن في يد أحد فان كان وهو اللقيط ثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم وكذا من الخارج صدقه الملتقط في ذلك أولا استحسانا والقياس أن لا يثبت اذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار تضمن ابطال يد الملتقط لان يده عليه نائمة حتمية وشرا حتى لو أراد غيره أن يزرعه من يده جبر ليحفظه ليس له ذلك والاقرار اذا تضمن ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعى أنفع للصبي من يد الملتقط لانه يقوم بحضانتها وتر يتسه ويتشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا استحسانا والقياس أن لا تصح دعوة الذمي (وجه) أنا لو صححنا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه للزمننا استتباعه في دينه وهذا يضر فلا تصح دعونه وجه الاستحسان أنه ادعى أمر بن يفصل أحدهما عن الآخر في الجملة وهو النسب والتبعية في الدين إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه الا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم باسلامه وان كان أبوه كافرا فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسلما وذكر في النوادر أن من التقط لقيطا فادعاه نصراني فهو ابنه ثم ان كان عليه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الشرك بان يكون في رقبته صليب ونحو ذلك فهو على دين النصراني هذا اذا أقر الذمي أنه ابنه فان أقام البينة على ذلك فان كان الشهود من أهل الذمة لا قبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين قبل ويكون الولد على دينه فراقبين الاقرار وبين البينة وذلك أنه منهم في اقراره ولا نهم في الشهادة وسواء كان المدعى حرا أو عبدا لأنه ادعى شيئين أحدهما محتمل الفصل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معا فملتقط أولى لاستوائهما في الدعوة وضع الصبي فترجح بالسدفان سبقت دعوة الملتقط لانه لا يسمع دعوة الخارج لانه ثبت نسبه منه فلا يتصور نبوته من غيره بعد ذلك الا أن يقيم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجا فان كان

أحدهما مسلما والاخر ذميا فالمسلم أولى لانه يتبعه في الاسلام فكان أنفع للصبي وكذا اذا ادعته مسلمة وذميمة فالمسلمة أولى ولو شهد للذمي مسلمان والمسلم ذميان فهو للمسلم لان الحجتين وان تعارضتا فالسلام المدعى كاف للترجيح ولو كان أحدهما حرا والاخر عبدا فالحر أولى لانه أنفع للقيط وان كانا حرين مسلمين فان ذكر أحدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فوافقت دعونه العلامة فصاحبها أولى رجحان دعواه بالعلامة لان الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة قال الله تبارك وتعالى في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد شاهد من أهلها ان كان قبضه قد من قبل فصدت وهو الكاذبين وان كان قبضه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قبضه قد من دبر قال انه من كيدك ان كيدك عظيم جعل قد التمييز من خلف دليل مرادتها اياه لما أن ذلك علامة جذبها اياه الى نفسها والقدم قد من قدام علامة دفعها اياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا في لؤلؤي ودباغ في حانوت واحد هو في أيديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا أنه فيهما يقضي باللؤلؤ للؤلؤي وبالاهاب للدباغ لان الظاهر يشهد باللؤلؤ للؤلؤي وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا في الزوجين اختلاف في متاع البيت أن ما يكون للرجال يجعل في يد الزوج وما يكون للنساء يجعل في يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الامر كذا هذا فان ادعى أحدهما علامات في هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخي رحمه الله أنه يثبت نسبه منهما لانه وقع التعارض في العلامات فستقط الترجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأسا وان لم يذكر أحدهما علامة أصلا ولكن لا حد هما بينة فانه يقضي له لان الدعوة لا تعارض البينة وان لم يكن لا حد هما بينة ثبت نسبه منهما جميعا وهذا عندنا لاستوائهما في الدعوة وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت نسبه الا من أحدهما ويتعين قبول القافة على ما ذكرنا والكلام مع الشافعي رحمه الله تقدم ولو كان المدعى أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذي ذكرناه في الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعين هو ابني وهو غلام فاذا هو جارية لم يصدق لانه ظهر كذبه بيقين ولو قال أحدهما هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فاذا هو خنثى يحكم مباله فان كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعى البينة وان كان يبول من مبال النساء فهي ابنة مدعى البينة وان كان يبول منهما جميعا يعتبر السبق فان استويا في السبق فهو مشكل عند أبي حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا في ذلك فهو مشكل لان هذا حكم الخنثى وينبغي أن يثبت نسبه منهما جميعا ولو قال الملتقط هو ابني من زوجتي هذه فصدقته فهو ابناهما حرة كانت أو أمة غير انها ان كانت حرة كان الابن حرا بالاجماع وان كانت أمة كان ملكا لمولى الامة عند أبي يوسف وعند محمد يكون حرا وجه قول محمد أن نسبه وان ثبت من الامة لكن في جعله تبع لها في الرق مضرة بالصبي وفي جعله حرا منغمة له فيتبعها فيما ينفعه ولا يتبعها فيما يضره كالذمي اذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا وجه قول أبي يوسف ان الاصل أن الولد يتبع الام في الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون رقيقا والرق وان كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنه ابنها وهي حرة أو أمة ذكر في الاصل انها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة انها ولده وان أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت اذا كانت حرة عدلة أطلق الجواب في الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل هذا الجواب على ما اذا كان لها زوج لانه اذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصح الا بالبينة أو بتصديق الزوج فاما اذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى رواية الاصل على اطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال يثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها الا ببينة ووجه الفرق أن النسب في جانب الرجال يثبت بالقراش وفي جانب النساء يثبت بالولادة ولا تثبت الولادة الا بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امرأتان فهو ابنتهما عند أبي حنيفة وكذا اذا كن خمساعنده وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلا وجه قولهما أن النسب في جانب النساء يثبت بالولادة وولادة ولد



واحد من امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب بينهما بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم ثبت بالفراس ولا يحنيفة أن سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحدة منهما وما قال ان الحكم في جانبين متعلق بالولادة فتم لكن في موضع أمكن وهنا لا يمكن فتعلق بالدعوة وقد ادعى جميعاً فثبت نسبه منهما وعلى هذا لو ادعى رجل وامرأتان ثبت نسبه من الكل عنده وعندهما ثبت من الرجل لا غير ولو ادعى رجلان وامرأتان كل رجل يدعي أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أي حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير وأما ظهور النسب بالبينة فنقول وبالله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة وثبات كد ظهوره أخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعى اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلاً لا بنفسها ولا بقرينة التصديق بان كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقرينة التصديق اذا انعدم التصديق وظهر أيضاً بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة وثبات كد ظهوره بالبينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت نسبه من المدعى ثم ادعى رجل آخر وأقام البينة يقضي له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكد فاحتمل البطان بالبينة وكذا لو ادعى رجلان معاً ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا واذا تعارضت البيتان في النسب فالأصل فيه ما ذكرنا في تعارض البيتين على الملك أنه ان أمكن ترجيح أحدهما على الأخرى يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما إلا أن هناك اذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحدة منهما من وجه بقدر الامكان وهنا يعمل بكل واحدة منهما من كل وجه ويثبت النسب من كل واحد من المدعين لا مكان اثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشيء اثنان مملوكا لثنتين على الكمال في زمان واحد اذا عرفنا هذا فنقول جملة الكلام فيه أن تعارض البيتين اما ان يكون بين الخارج وبين ذي اليد واما ان يكون بين الخارجين وبين ذي اليد فان كان بين الخارج وذي اليد فيبينة ذي اليد أولى لهما استويا في البينة فيرجح صاحب اليد باليد وان كان بين الخارجين وبين ذي اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحريّة والعلامة واليد وقوة الفراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استويا يعمل بهما ويثبت النسب بينهما وعلى هذا اذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر أنه عبده يقضي للذي ادعى أنه ابنه لأنه يدعي الحرية والاخر يدعي الرق فيبينة الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة أنه ابنه من هذه الحرة وأقام الآخر البينة أنه ابنه من هذه الامة فهو ابن الحر والحرّة لما قلنا ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر ولو ادعى رجلان ووقت بينة كل واحد منهما فان استوى الوقتان ثبت النسب بينهما لا استواء البيتين ولو كان وقت أحدهما أسبق بحكم سن الصبي فيعمل عليه لأنه حكم عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبي حنيفة يقضي لاسبقتهما وقتا وعندهما يقضي لهما وجه قولهما أنه اذا أشكل السن سقط اعتبار التاريخ أصلاً كأنهما سكتا عنه ولا يحنيفة رحمه الله انه اذا أشكل السن لم يصلح حكماً في الحكم للتأخر يخفى فيرجح السابق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة أنه ابنها واقامت البينة فهو بينهما لعدم التنافي بين ثبوت نسبه منهما كما اذا ادعى رجلان بل أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى على رجل وامرأتان أنهما وأقام البينة وادعى رجل آخر وامرأتان أن الغلام ابنهما وأقاما البينة ثبت نسب الغلام من الاب والام الذي ادعى الغلام أنهما وبطل النسب الذي أنكره الغلام لان البيتين تعارضتا وترجحت بينة الغلام بيده اذا هو في يد نفسه كخارجين اذا أقام البينة ولا حد هما يد كان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانياً فأقام بينة من المسلمين على رجل نصراني وامرأة نصرانية وادعاه مسلم ومسلمة فيبينة الغلام أولى ولا ترجح بينة المدعى المسلم لأنه لا بد له وان كان مسلماً وان كان بينة الغلام من النصراني يقضي بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحتت بالعدم فبقى محرم الدعوة فلا تعارض البينة ومحرم الغلام على الاسلام غلام في

بدانسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه وولده أمته هذه في ملكه وأقام البينة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه وولده الامة في ملكه وأقام البينة فان كان الغلام صغيراً لا يتكلم يقضى به لصاحب اليد لاستوائهما في البينة فيرجح صاحب اليد باليد كما في النكاح وان كان كبيراً يتكلم فقال أنا ابن الآخر يقضى بالامة والغلام للخارج لان الغلام اذا كان كبيراً يتكلم في يد نفسه فالبينة التي يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام ولد حرة وهما في يد رجل فأقام صاحب اليد البينة على أنه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعي ذلك وأقام الخارج البينة على ملكه يقضى بالمرأة والولد للذي هما في يده لما قلنا وان كان الذي في يده من أهل الذمة والمرأة ذمية وأقام شهودا مسلمين يقضى بالمرأة والولد للذي هما في يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج البينة على أنه تزوجها في وقت كذا وأقام الذي في يده البينة على وقت دونه يقضى للخارج لانه اذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسد أفالبينة القائمة على النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى أنه ابن فلان ولده أمته فلانة على فراشه وذلك الرجل يقول هو عبدي ولد أمي التي زوجها عبدي فلان فولدت هذا الغلام منه والعبد حتى يدعي ذلك فهو ابن العبد لانه تعارض الفراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لانه لا يتنفي الا باللعان وفراش الملك يتنفي بمجرد النفي فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام أنه ابن العبد من هذه الامة فأقر العبد بذلك وقامت عليه البينة وادعى المولى أنه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار بالحرية فان لم يعمل في النسب يعمل في الحرية وكذلك لومات الرجل وترك مالا فأقام الغلام البينة أنه ابن الميت من أمته وأقام الآخر البينة أنه عبده وولده أمته من زوجها فلان والزواج عبده أيضاً والعبد حتى يدعي ذلك يقضى له بالنسب لانه يدعي فراش النكاح وأنه أقوى فان كان العبد ميتاً ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بينة الغلام خلت عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة النسب الثابت بالنسب في جانب النساء اذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفي أصلاً لانه في جانبين ثبت بالولادة ولا مرد لها (وأما) في جانب الرجال فنوعان نوع يحتمل النفي ونوع لا يحتمله أما ما يحتمل النفي فنوعان (نوع) ينتفي بنفس النفي من غير لعان ونوع لا ينتفي بنفس النفي بل بواسطة اللعان (أما الذي) ينتفي بنفس النفي فهو نسب ولد أم الولد لان فراش أم الولد ضعيف لانه غير لازم حتى احتسمل النقل الى غيره بالزوج فاحتمل الانتفاء بنفس النفي من غير الحاجة الى اللعان (وأما) الذي لا ينتفي بمجرد النفي فهو نسب ولد زوجة بحري بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حريين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف على ما ذكرنا في كتاب اللعان لان فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قويا فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفي مالم ينضم اليه اللعان ولهذا اذا كان العلوق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لا ينتفي نسب الولد بالنفي لان الانتفاء بواسطة اللعان ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجة حقيقة لما علم في كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذي) لا يحتمل النفي فهو نسب ولد زوجة لا بحري بينهما اللعان فاذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لا ينتفي نسب الولد بالنفي وكذا النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفي لان النفي يكون انكاراً بعد الاقرار فلا يسمع الا ان الاقرار نوعان نص ودلالة لما ذكرنا في كتاب اللعان

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه في النسب فقد مر ذكره في أثناء مسائل النسب وأما حكمه في الملك فالكلام فيه في موضعين (أحدهما) في حكم تعارض الدعوتين في أصل الملك والثاني في قدر الملك أما الأول فسيبيل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سبيل تعارض البيتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند الامكان وعند تعذر العمل بهما بقدر الامكان تصحیحاً للدعوتين بالقدر الممكن وبيان ذلك في مسائل رجلان ادعى اباة أحدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فهي للراكب لانه مستعمل للاباة فكانت في يده (وكذلك) اذا



كان لأحدهما عليه حمل ولا آخر عليه كورمعلق أو مثلاً معاملة فصاحب اخمل أولى لما قلنا ولو كانا جميعاً راكبين  
 لكن أحدهما في السرج والاخر رديفه فهي لهما في ظاهر الرواية (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله انه راكب  
 السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية انهما جميعاً استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت  
 لهما ولو كانا جميعاً راكبين في السرج فهي لهما اجماعاً لا استواءهما في الاستعمال ولو ادعى عبد أصغر ألا يعبر  
 عن نفسه وهو في أيديهما فهو بينهما لأنه إذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهايم فتبقى اليد عليه ألا ترى انه  
 لو ادعى صبياً صغيراً مجهول النسب في يده انه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحر به فالتقول قول صاحب اليد ولا نسمع  
 دعوى الحر به إلا بينة لأنه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه إلا بدليل (ومثله) لو ادعى غلاماً كبيراً انه  
 عبده وقال السلام أنا حر فالتقول قول الغلام لأنه ادعاه في حال هو في يده نفسه فكان القول قوله ولو ادعى عبد  
 كبير أقال العبد أنا عبد لأحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا إذا كان العبد في يدرجل فقراره لرجل  
 آخر فالتقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في قراره انه لغيره لأن قراره بالرق اقرار بسقوط يده عن نفسه فكان  
 في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله انه لغيره لأن العبد لا قول له ولو قال كنت عبد فلان فاعتقني وأنا حر فكذلك عند  
 أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروى عن أبي يوسف ان القول قول العبد ويحكم بحكم يده لأن العبد متمسك بالأصل إذ  
 الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهد أنه بالصحيح جواب ظاهر الرواية لأنه لما أقر انه كان عبداً فقد أقر بزوال  
 حكم الأصل ونسب العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الأصل فكان الظاهر شاهد أنه ولو ادعى ثوباً  
 وأحدهما لابسها والاخر متعلق بذيله فاللابس أولى لأنه مستعمل للثوب (ولو ادعى) بساطاً وأحدهما جالس  
 عليه والاخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس يجلسه والنوم عليه أولى لاستواءهما في اليد عليه (ولو ادعى)  
 داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب  
 البناء والحفر لأن سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك  
 ولكن أحدهما داخل فيها والاخر خارج منها فهي بينهما (وكذا) إذا كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت  
 بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخييط ثوباً في دار إنسان فاختلعا في الثوب فالتقول لصاحب  
 الدار لأن الثوب وإن كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لأن الخياط وما في يده في داره والدار في يده  
 فيها يكون في يده (حامل) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله  
 فهو له لأن الظاهر شاهد له وإن كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لأن الظاهر شاهد له (وكذلك) حامل عليه كارة  
 وهو في دار بزاز اختلعا في الكارة فإن كانت الكارة مما يحمل فيها فالتقول قول الحمال لأن الظاهر شاهد له وإن كانت  
 لا يحمل فيها فالتقول قول صاحب الدار لأن الظاهر شاهد له رجل اصطاد طائراً في دار رجل فاختلعا فيه فإن اتفقا  
 على أنه على أصل الاباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لأنه لا يأخذ  
 دون صاحب الدار إذا الصيد لا يصير مأخوذاً بكونه على حائط أو شجرة وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد  
 لمن أخذه وإن اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد فإنه ينظر ان أخذه من الهواء  
 فهو له لأنه لا يأخذ إلا بدلاً حاد على الهواء وإن أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لأن الجدار  
 والشجر في يده وكذلك ان اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالتقول قول صاحب الدار لأن الأصل ان  
 ما في دار إنسان يكون في يده هكذا روى عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل ولو ادعى أحدهما  
 ساكن فيها فهي للساكن فيها وكذا لو كان أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لأن  
 سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما  
 داخل فيها والاخر خارج منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما

ثبت بالتصرف فيها ولم يوجد ولو ادعى حائطاً من دارين ولا أحدهما عليه جذوع فهو له لأنه مستعمل للحائط  
 ولو كان لكل واحد منهما جذوع فإن كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد  
 منهما أو كانت لأحدهما أكثر بعدان كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لأنها استويا في استعمال الحائط  
 فستويا في ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت ان يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال  
 له زد أنت أيضاً إلى تمام عدد خشب صاحبك ان أطلق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا التزاع ولو كان  
 لأحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان فالتياس ان يكون الحائط بينهما نصفين وفي الاستحسان  
 لا يكون (وجه) التماس ان زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة  
 لا يقع بها الترجيح ألا ترى انه لو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وإن كان  
 استعمال أحدهما أكثر دل ان المعتبر أصل الاستعمال لا قدره وقد استويا فيه (وجه) الاستحسان ان  
 يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بمادون الثلاثة لأن الجدار لا يبنى له عادة وإنما يبنى لاكثر من ذلك  
 إلا ان الأكثر ما لا نهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيده فكان ما وراء موضع الجذوع لصاحب  
 الكثير وأما موضع الجذوع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وأما لصاحب القليل حق وضع الجذوع لا  
 أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذوع من الحائط وما رواه لصاحب الكثير (وجه) هذه  
 الرواية ان صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه (جه) رواية الاقرار مأمرة  
 ان الاستعمال لا يحصل بالجذوع والجذعين لأن الحائط لا يبنى له عادة فلم يكن شيء من الحائط في يده فكان كله  
 في يد صاحب الكثير إلا انه ليس له دفع الجذوع وإن كان موضع الجذوع مملوكاً له لجواز ان يكون أصل الحائط  
 مملوكاً لإنسان ولا آخر عليه حق الوضع بخلاف ما لو أقام البينة ان الحائط له لأن له ان يدفع لأن البينة حجة  
 مطلقة فإذا أقامها تبين ان الوضع من الأصل كان بغير حق ولا به الدفع وليس له ذلك حال عدم البينة لأننا جعلنا  
 الحائط له لظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو الفرق ولو كان الحائط متصلاً ببناء إحدى الدارين اتصال  
 التراق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالتعلق به ولو كان لأحدهما اتصال التراق وللآخر جذوع فصاحب  
 الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لأحدهما اتصال  
 التراق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التريع أولى لأن اتصال التريع أقوى من اتصال التراق  
 ولو كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التريع ولصاحب الجذوع حق وضع  
 الجذوع لكن الكلام في صورة التريع فتقول ذكر الطحاوي رحمه الله ان التريع هو ان يكون انصاف البان  
 الحائط مداخله حائط إحدى الدارين يبنى كذلك كالزج والطاقت فكان بمعنى التراجع فكان صاحب الاتصال  
 أولى وذكر الكرخي رحمه الله ان تفسير التريع ان يكون طرفاً هذا الحائط المدعى مداخلين حائط إحدى الدارين وهذا  
 التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل ان المداخل إذا كانت من جانبي الحائط كان صاحب الاتصال  
 أولى بخلاف وان كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي رحمه الله صاحب الاتصال أولى وعلى قول الكرخي  
 رحمه الله صاحب الجذوع أولى وجه قول الطحاوي ما ذكرنا ان ذلك بمعنى التراجع حيث حدث من بناءه كذلك فكان  
 هو أولى وجه قول الكرخي ان المداخل من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحد أفسقط حكم الاستعمال  
 لضرورة الاتحاد فلك البعض بوجوب ملك الكل ضرورة أنه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لأن ذلك ليس من  
 ضرورات ملك الأصل بل يحتمل الاتصال عنه في الجلسة ألا ترى ان السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت  
 السفلى هو ملك صاحب السفلى ولصاحب العلو عليه حق الاقرار حتى لو أراد صاحب السفلى رفع السقف منع منه شرعاً  
 كذا هذا جاز ان يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع عليه بخلاف ما إذا أقام البينة



انه يحرج على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما ثم فرع أبو يوسف على ما روى عنه من تفسير التبرع انه اذا اشترى دارا  
ورجل آخر دار بجانب تلك الدار وبينهما حائط وأقام الرجل البينة انه له فاراد المشتري ان يرجع على البائع فخصته من  
الثمن ان كان متصلا ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلا ببناء المدعى تناول البيع فلم يكن مبيعا  
فلا يكون للمشتري حق الرجوع وان لم يكن متصلا ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فلا يشتري ان يرجع على  
البائع فخصته الحائط من الثمن لانه اذا كان متصلا بحائط الدار المبيعة تناول البيع فكان مبيعا فثبت الرجوع عند  
الاستحقاق وان كان متصلا بحائط الدار المبيعة ولا آخر عليه جذوع لا يرجع وهذا يؤيد رواية الكرخي ان  
صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال اذا كان من جانب واحد ولو كان اتصالا ببيع واستحق المشتري  
الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها ما ذكرنا ولو كان لاحدهما عليه ستر أو بناء وصاحبه مقربان  
الستر والبناء له فالحائط لصاحب الستر لانه مستعمل الحائط بالستر فكان في يده ولو لم يكن عليه ستر ولكن لاحدهما  
عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى والبوادي شيئا لأن وضع  
المرادى على الحائط ليس بمر مقصود لان الحائط لا يبنى له فكان مباحقا بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه  
الحائط الى أحدهما وظهر الى الآخر وكان انصاف اللب أو الطاقات الى أحدهما فلا حكم لشيء من ذلك عند أبي  
حنيفة رحمه الله والحائط بينهما وعندهما الحائط لمن اليد وجه البناء وانصاف اللب والطاقات وهذا اذا جعل الوجه  
وقت البناء حين ما بنى فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعا وعلى هذا الخلاف اذا ادعى بابا  
مغلقا على حائط بين دارين والعلق الى أحدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن اليه العلق ولو كان للباب غلقان من  
الجانبين فهو لهما اجماعا وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط الى أحدهما فالخص بينهما عند  
أبي حنيفة رحمه الله ولا ينظر الى القمط وعندهما الخص لمن اليه القمط وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف  
والعادة فان الناس في العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللب والطاقات والعلق والقمط الى صاحب الدار فيبدل  
على انه بناء فكان في يده ولا يبي حنيفة رحمه الله ان هذا دليل اليد في الماضي لا وقت الدعوة واليد في الماضي لا تدل على  
اليد وقت الدعوة والحاجة في إثبات اليد وقت الدعوة ثم في كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون المدعى في يده يجب  
عليه التمين لصاحبه اذا طلب فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا اذا اختلفا في المرور في دار  
ولا أحدهما باب من داره الى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البينة ان له في داره  
طريقا ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئا لان فتح الباب الى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق  
أصلا وقد يكون بحق غير لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلا على حق المرور في الدار مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود  
ان صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لاحتمال أن مروره فيها كان غصبا أو اباحة ولئن دلت على انه  
كان لحق المرور لكن في الزمان الماضي لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا ان له فيها طريقا  
فان حدوا الطريق فسموا طولاه وعرضه قبلت شهادتهم وكذلك اذا لم يحدوه كذا ذكر في الكتاب ومن أحبا بنار حمهم  
الله من حمل المسئلة على ما اذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود به مجهول وجهالة المشهود به تمنع  
حجة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع حجة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طوله  
معلوم وعرضه متدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة معلوم فتقبل وكذلك لو شهدوا ان  
أباه مات وترك طريقا في هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فاختلغا في مسيل  
الماء فلصاحب الدار ان يمنع عن التسييل حتى يقيم البينة ان له في هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب  
بنفس الميزاب شيئا ما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قديما فله حق التسييل وذكر محمد في  
كتاب الشرب في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلغا في ذلك فالقول قول صاحب الماء لانه اذا كان يسيل

فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضوع المسئلة في الدار لم يكن  
في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا  
الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشيء لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على  
ما مر ولو شهدوا ان له حقا في الدار من حيث التسييل فان بينوا انه الماء المطر فهو الماء المطر وان بينوا انه مسيل ماء دائم  
للفصل والوضوء فهو كذلك وان لم بينوا قبل شهادتهم أيضا ويكون القول قول صاحب الدار مع عينه انه للفصل  
والوضوء أولا الماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبثبت الصفة مجهولة فيمين بيان صاحب الدار لكن مع  
اليمين وان لم يكن للمدعى بينة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برى وان نكل يقضى بالنكول كما  
في باب الاموال وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا ينفذ لاحدهما على ما ذكرنا في كتاب النكاح  
والله تعالى أعلم

**فصل** وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المبيع فنقول جملة  
الكلام في بيان المتبايعين اذا اختلفا فلا يخلو اما ان اختلفا في الثمن واما ان اختلفا في المبيع فان اختلفا في الثمن فلا يخلو اما  
ان اختلفا في قدر الثمن واما ان اختلفا في جنسه واما ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في قدره بان قال البائع  
بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريته بالف فهذا لا يخلو اما ان كانت السلعة قائمة واما ان كانت هالكة  
فان كانت قائمة فاما ان كانت قائمة على حالها لم تتغير واما ان تغيرت الى الزيادة أو الى النقصان فان كانت قائمة على حالها  
لم تتغير تحالفا وترادى سواء كان قبل القبض أو بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه من وجه  
لان البائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر والمشتري يدعى على البائع تسليم المبيع اليه عند أداء الالف وهو  
ينكر فيتحالفان لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وأما بعد القبض فكان ينبغي ان لا يحلف البائع  
ويكون القول قول المشتري مع يمينه لان المشتري لا يدعى على البائع شيئا لسلامة المبيع له والبائع يدعى على المشتري  
زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا ان اعرفنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله  
عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادى أو يبدأ يمين المشتري في ظاهر الرواية وهو قول محمد وأبي  
يوسف الآخر وفي قوله الاول يبدأ يمين البائع ويقال انه قول أبي حنيفة رحمه الله والصحيح جواب ظاهر الرواية  
لان اليمين وظيفة المنكر والمشتري أشد انكارا من البائع لانه منكر في الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبائع بعد  
القبض ليس بمنكر لان المشتري لا يدعى عليه شيئا فكان أشد انكارا منه وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشتري  
أسبق انكارا منه لانه يطالب أولا بتسليم الثمن حتى يصير عينا وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ يمينه فان  
نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بدل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم اذا تحالفا هل ينفسخ البيع بنفس التحالف  
أو يحتاج فيه الى فسخ القاضي اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم ينفسخ بنفس التحالف لانها اذا تحالفا لم  
يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ وقال بعضهم لا ينفسخ الا بفسخ القاضي عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح  
حتى لو أراد أحدهما مضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال  
التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانه ان تعديبتين فلا يزول لاحتمال  
عدم الفائدة على الأصل المعهود في الثابت يمتين لانه لا يزول بالاحتمال فلا ينفسخ الا بفسخ القاضي ولان يفسخ  
لا نعدم الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضي لانهم لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيتنازعان فلا بد من  
قطع المنازعة ولا ينتفع الا بالتضام بالفسخ هذا اذا كانت السلعة قائمة بينهما من غير تغير فاما اذا كانت تغيرت ثم اختلفا  
في قدر الثمن فلا يخلو اما ان تغيرت الى الزيادة واما ان تغيرت الى النقصان فان كان التغيير الى الزيادة فان كانت الزيادة  
متصلة متولدة من الأصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه



الله لا يمنع ويرد المشتري العين بناء على ان هذه الزيادة منع الفسخ عندهما في عقود المعاوضات فتتمتع التحالف وعنده لا تمنع الفسخ فلا تمنع التحالف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالبيع في الثوب والبناء والغرس في الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع ويرد المشتري القيمة لمن هما عنده لان هذا النوع من الزيادة بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة تمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع ويرد المشتري الزيادة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارث والعرفه وعلى هذا الاختلاف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالوهوب في المكسوب لا تمنع التحالف اجماعا فيتحالفان ويرد المشتري العين لان هذه الزيادة لا تمنع الفسخ في عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هي ليست في معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف واذا انحاز القايير المشتري المبيع دون الزيادة وكانت الزيادة لانها حدثت على ملكه وتطبله لعدم تمكن الحث فيها هذا اذا تغيرت السلعة الى الزيادة فاما اذا تغيرت الى نقصان فيرد المشتري فند كرحمته ان شاء الله تعالى هذا اذا كانت السلعة قاعة فاما اذا كانت هالكة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه في مقدار الثمن فان خلف لزمه ما أقر به وان نكل لزمه دعوى صاحبه وعند محمد رحمه الله يتحالفان ويرد المشتري القيمة فان اختلفا في مقدار القيمة على قوله كان القول قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة ولقب المسئلة ان هلاك السلعة هل تمنع التحالف عندهما منع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة والسلام التحالف مطلقا عن شرط قيام السلعة ولا يقال وردها نص خاص متيد بحال قيام السلعة وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا يحمل على المقيد الا في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض بل يجري المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده فكان جريان التحالف حال قيام السلعة ثابتا بنصين وحال هلاكها ثابتا بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافي بينهما فيجب العمل بهما جميعا ولهذا الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فبقى التحالف وهو الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود عليه لانه عليه الصلاة والسلام أوجب جنس اليمين على جنس المنكرين فلو وجبت يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشتري لان البائع يدعى عليه زيادة ثمن وهو ينكر فاما الا نكار من قبل البائع فلان المشتري لا يدعى عليه شيئا فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضا الا ناعر فناد ذلك بنص خاص مقيم وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادوا وهذا قيد ثابت في النص الاخر أيضا دلالة لانه قال عليه الصلاة والسلام وترادوا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقى التحالف حال هلاك السلعة مثبتا بالخبر المشهور ويستوى هلاك كل السلعة وبعضها في المنع من التحالف أصلا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هلاك السلعة تمنع التحالف في قدر الهالك لا غير وعند محمد لا يمنع أصلا حتى لو اشترى عبيد فقبضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة ولا يتحالفان الا ان رضى البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا حينئذ يتحالفان وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان على القائم ويترادان وعند محمد يتحالفان عليهما ويرد قيمة الهالك اما محمد رحمه الله فقدم على أصله لان هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لا يبي يوسف لان المنع من التحالف هو الهالك فيقدر المنع بقدره تقديرا للحكم بقدر العلة ولا يبي حنيفة ان الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا الا ناعر فناد ذلك بنص خاص والنص ورد في حال قيام كل السلعة فبقى التحالف حال هلاك بعضها منفيًا بالحديث المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالخزروالظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شاء البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا حينئذ يتحالفان لانه رضى ان يكون الثمن كله بمقالة القائم فيخرج الهالك

عن العتد كانه ما وقع العتد عليه وانما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكما بان خرج عن ملك المشتري بسبب من الاسباب لان الهالك حكما يلحق بالهالك حقيقة وتدمر الاختلاف فيه وسواء خرج كله أو بعضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف بخروج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما لان التحالف هنا يؤدي الى تريق الصفقة على البائع وهذا لا يجوز الا ان رضى البائع ان يأخذ القائم وحصة الخارج من الثمن يقول المشتري حينئذ يتحالفان على القائم ويرد المشتري ما بقي في ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند أبي يوسف فاما عند أبي حنيفة فلا يتحالفان في الاحوال كلها واما عند محمد فيتحالفان لان الحقيق لا يمنع التحالف عنده فالحكمى أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى واذا انحاز القاعنده فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يراد المشتري القيمة ان لم يكن مثليا والمثل ان كان مثليا وان هلك بعضه بان خرج البعض عن ملكه دون البعض بنظر ان كان المبيع مما في تبعيضه ضررا وفي تشقيصه عيب فالبايع بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ الباقي وقيمة الهالك وان شاء ترك الباقي وأخذ قيمة الكل وان كان المبيع مالا ضررى تبعيضه ولا عيب في تشقيصه فالبايع ان يأخذ الباقي ومثل الثمن ان كان مثليا وقيمه ان لم يكن مثليا ولو خرجت السلعة عن ملك المشتري ثم عادت اليه ثم اختلفا في مقدار الثمن نظري ذلك ان كان العود فسخابان وجد به عيبا فرده بقضاء القاضي يتحالفان ويرد العين لان الفسخ رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن واذا لم يكن العود فسخابان كان ملكا جديدا لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان العود اذا لم يكن فسخابا يبين ان الهلاك لم يكن والهالك يمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة لا العين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقدم تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول اذا انتقص المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن لم يتحالفان عندهما سواء كان النقصان بافقه ساوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري أو بفعل الاجنبي أو بفعل البائع لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء في المنع من التحالف كالهالك الكل على أصل أبي حنيفة رضى الله عنه فلا يتحالفان والقول قول المشتري الا اذا كان النقصان بافقه ساوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ورضى البائع ان يأخذ المبيع ناقصا ولا يأخذ لجل النقصان شيئا حينئذ يتحالفان ويترادان وعند محمد يتحالفان ثم البائع بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ المبيع ناقصا ولا يأخذ لجل النقصان شيئا وان شاء ترك وأخذ القيمة وقال بعضهم على قول محمد ان اختار أخذ العين يأخذ معها النقصان كالمقبوض بالبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبي أو بفعل البائع يتحالفان ويرد المشتري القيمة عنده وعند محمد لا يتحالفان والقول قول المشتري مع يمينه هذا اذا اختلفا في قدر الثمن فاما اذا اختلفا في جنسه بان قال أحدهما ثمن عين وقال الآخر هودين فان كان مدعى العين هو البائع بان قال للمشتري بعت منك جارية بعبديك هذا وقال المشتري للبائع اشتريتها منك بالف درهم فان كانت الجارية قاعة تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادامن غير فصل بين ما اذا كان الاختلاف في قدر الثمن أو في جنسه وان كانت هالكة عند المشتري لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول قول المشتري في الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهي مسئلة هلاك السلعة وقدمت وان كان مدعى العين هو المشتري بان قال اشتريت جارية بعبدي هذا وقال البائع بعتها منك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قاعة يتحالفان بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضا اجماعا ويرد المشتري القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلا وجوب اليمين على المشتري ظاهر أيضا لان البائع يدعى عليه ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلان المشتري يدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان كل واحد منهما مدعىا من وجه منكر آمن وجه فيتحالفان ولو كان البائع يدعى عينا والبعض دينارا والمشتري يدعى



الكل ديناً بأن قال البائع بعث منك جاريتي بعتك هذا بالف درهم وقال المشتري اشتريت جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قائماً لم يلقا بالنص وان كان هالكاً فهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك كان يدعى البعض عينا والبعض ديناً والبائع يدعى الكل ديناً بان قال المشتري اشتريت منك جاريتك بعدي هذا بالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعتك جاريتي هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة لم يلقا وتراد بالنص وان كانت هالكة لم يلقا فان أيضاً اجماعاً الا ان عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى الف درهم فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية برد المشتري القيمة وما كان بازاء الدين وهو الف وذلك ثلث الجارية برد الف درهم ولا يرد القيمة وانما كان كذلك لان المشتري لو كان يدعى كل الثمن عينا كانا يتحالفان ويرد المشتري القيمة على ما ذكرنا ولو كان كل الثمن ديناً كان القول قوله ولا يتحالفان على ما مر فاذا كان يدعى بعض الثمن عينا وبعضه ديناً يرد القيمة بازاء العين فالقول قوله بازاء الدين اعتباراً للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري جميع الثمن هذا اذا اختلفا في جنس الثمن فاما اذا اختلفا في وقته وهو الاجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فان اختلفا في أصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع ميمنه لان الاجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الخلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعى الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضاً لما قلنا وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على أصله وقدره فالقول قول المشتري انه لم يمض لان الاجل صار حقا له بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضى جميعاً فقال البائع الاجل شهر وقدمضى وقال المشتري شهران ولم يمضيا فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشتري في المضى فيجعل الاجل شهر لم يمض لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضى على ما مر هذا اذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكماً فاما اذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو أحدهما أو ورثة الميت فان كانت السلعة غير متبوضة لم يلقا وتراد لان للقبض شبهة بالعقد فكان قبض المعتقد عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجوز بينهما التحالف الا ان الوارث يحلف على العلم لا على البتات لانه يحلف على فعل الغير ولا علم له به وان كانت السلعة متبوضة فلا تحالف عندهما والقول قول المشتري أو ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد بعد قبض المعتقد عليه كهلاك المعتقد عليه وهلاك المعتقد عليه يمنع التحالف عندهما فكذلك هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكن اعرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقى التحالف بعدهما كهما أو هلاك أحدهما من غير الخبر المشهور هذا اذا اختلفا في الثمن أما اذا اختلفا في المبيع فنقول لا يخلو المبيع من أن يكون عينا أو ديناً وهو المسلم فيه فان كان عينا فاختلفا في جنسه أو في قدره بأن قال البائع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذه الجارية بالف درهم أو قال البائع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بالف درهم لم يلقا وتراد لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان لم يلقا وتراد وان كان ديناً وهو المسلم فيه فاختلفا فنقول اختلفا في الأصل لا يخلو من ثلاثة أوجه (أما) ان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (وأما) ان اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه (وأما) ان اختلفا في جميعا فان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (فاما) ان اختلفا في جنس المسلم فيه (وأما) ان اختلفا في قدره (وأما) ان اختلفا في صفته (وأما) ان اختلفا في مكان ايفائه (وأما) ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته لم يلقا وتراد لان هذا الاختلاف في المعتقد عليه وانما يوجب التحالف بالنص والذي يبدأ باليمين هو المسلم اليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد وهوب السليم (وجه)

قولهما ان الابتداء باليمين من المشتري كافي ببيع العين ورب السلم هو المشتري فكانت البداية به ولا يحنيف رحمه الله ان اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم اليه ولا انكار مع رب السلم فكان يبنى أن لا يحلف أصلاً إلا أن التحليف في جانب نيت بالنص وقد روى عن أبي يوسف أيضاً انه قال أيهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر لانه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعمين الى القاضي يبدأ أيهما شاء وان شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذي خرجت قرعته ولو اختلفا في مكان ايفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الا يفاء في مكان كذا وقال المسلم اليه بل شرطت لك الا يفاء في مكان كذا فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان عند أبي حنيفة وعنهما يتحالفان بناء على أن مكان العقد لا يتعين مكان الا يفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الا يفاء مفسداً للسلم عنده فلم يدخل مكان الا يفاء في العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف في الا يفاء في العقد لا بالشرط لا يوجب التحالف كالا لجل وعنهما مكان العقد يتعين مكاناً لا يفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الا يفاء عندهما فكان المكان داخل في العقد من غير شرط فيوجب التحالف وان اختلفا في وقت المسلم فيه وهو الاجل فنقول لا يخلو (أما) ان اختلفا في أصل الاجل (وأما) ان اختلفا في قدره (وأما) ان اختلفا في مضيه (وأما) ان اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فان اختلفا في أصل الاجل لم يلقا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يتحالفان وتراد واحتج بإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان لم يلقا وتراد لان الاختلاف في أصل المسلم فيه كالاختلاف في صفته ألا ترى انه لا تحسمه للسلم بدون الاجل كما لا تحسمه بدون الوصف فصار الاجل وصفاً للمعتقد عليه شرعاً فيوجب التحالف (ولنا) ان الاجل ليس بمعتقد عليه والاختلاف فيما ليس بمعتقد عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف في الصفة لان الصفة في الدين معتقود عليه كالا لجل والاختلاف في الاجل يوجب التحالف فكذلك في الصفة واذا لم يتحالفان كان مدعى الاجل هو رب السلم فالقول قوله ويجوز السلم لانه يدعى حجة العقد والمسلم اليه يدعى الفساد والقول قول مدعى الصحة ولان المسلم اليه متعنت في انكار الاجل لانه يتعنه والمتعنت لا يقول له وان كان هو المسلم اليه فالقول قوله عند أبي حنيفة ويجوز السلم استحساناً والقياس أن يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو قولهما (وجه) القياس ان الاجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حتماً عليه شرعاً وانه منكر بثبوته والقول قول المنكر في الشرع (وجه) الاستحسان ان المسلم اليه يدعى الاجل يدعى حجة العقد ورب السلم بالانكار يدعى فساداً فكان القول قول من يدعى الصحة لان الظاهر شاهد له اذا الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية واذا كان القول قوله في أصل الاجل كان القول قوله في مقدار الاجل أيضاً وقال بعضهم القول قوله الى شهر لانه أدنى الاجال فاما الزيادة على شهر فلا تثبت الا بالينة وان اختلفا في قدره لم يلقا عندنا خلافاً لفر والقول قول رب السلم لما ذكرنا ان الاجل أمر يستفاد من قبله فيرجع في بيان القدر اليه وان اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم اليه وصورته اذا قال رب السلم كان الاجل شهراً وقدمضى وقال المسلم اليه كان شهراً أو لم يمض وان أخذت السلم الساعة كان القول قول المسلم اليه لانها لما تصادقا على أصل الاجل وقدره فقد صار الاجل حجة للمسلم اليه فكان القول في المضى قوله وان اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فالقول قول رب السلم في القدر والقول للمسلم اليه في المعنى لان الظاهر يشهد لرب السلم في القدر وللمسلم اليه في المعنى هذا اذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فاما اذا اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه لم يلقا وتراد أيضاً سواء اختلفا في جنس رأس المال أو قدره أو صفته لم يلقا في الاختلاف في المسلم فيه الا أن الذي يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم في قولهم جميعاً لانه المشتري وهو المنكر أيضاً وان اختلفا فيهما جميعاً فكذلك لم يلقا وتراد لانهما اختلفا في المبيع والثمن والاختلاف في أحدهما يوجب التحالف فقيهما أولى والقاضي يبدأ باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الملك والحق الثابت في الحل فنقول والله التوفيق حكم الملك ولاية التصرف للمالك في



المملوك باختياره ليس لاحد ولا يتأجر عليه الا ضرره ولا لاحد ولا يمتنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير اذنه ورضاه الا الضرورة وكذلك حكم الحق الثابت في المحل اذا عرف هذا فنقول للمالك ان يتصرف في ملكه أي تصرف شاء سواء كان تصرفاً يتعدى ضرره الى غيره أو لا يتعدى فله ان يبنى في ملكه مراحضاً أو حماماً أو رحي أو نوراً أو له أن يتعدى بنائه حداداً أو قصاراً أو له أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو ديماساً وان كان بين من ذلك البناء ويتأذى به جاره وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يحجر عليه لان الملك مطلق للتصرف في الاصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للحدث قال عليه الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بوائقه ولو فعل شيئاً من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه لا يصنع منه في ملك الغير وعلى هذا سفل رجل وعليه علو لغيره انهدم مالم يحجر صاحب السفل على بناء السفل لانه ملكه والانسان لا يحجر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلوان شئت فابن السفل من مال نفسك وضع عليه علوك ثم امنع صاحب السفل عن الانتفاع بالسفل حتى رد عليك قيمة البناء مبنياً لان البناء وان كان تصرفاً في ملك الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف في ملك غيره فصار مطلقاً لشرعاً وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنياً لان البناء ملكه لحصوله باذن الشرع واطلاقه فله ان لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببطلان يبدله وهو القيمة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان في ظاهر الرواية يرجع بما أشقوه وكذا ذكر الخصاص انه يرجع بما أشق لانه لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفل ولا ضرر لصاحب السفل في بنائه بل فيه نفع صار مأذوناً بالاتفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أشق وهذا بخلاف البئر المشترك والدولاب المشترك والحمام المشترك ونحو ذلك اذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة انه يحجر الآخر على العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة لانه لا يحتمل القسمة والترك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذي أبى العمارة متمتعاً محضاً في الامتناع في دفع تعنته بالجبر على العمارة هذا اذا انهدم ما بأقسهما فأما اذا هدم صاحب السفل سفله حتى انهدم العلو يحجر على اعادته لانه أشق حق صاحب العلو بالتلف محله ويمكن جبره بالأعادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين دار بن انهدم ولهما عليه جذوع لم يحجر واحد منهما على بناء لما قلنا ولكن اذا أبى أحدهما البناء يقال للآخر ان شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى رد عليك نصف قيمة البناء مبنياً أو نصف ما أشقته على حسب ما ذكرنا في السفل والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحائط عرضاً ولا يمكن كل واحد منهما أن يبنى حائطاً على حدة في نصيبه بعد القسمة (فأما) اذا كان عرضاً يمكن قسمته وأن يبنى كل واحد منهما في نصيبه حائطاً يصلح لوضع الجذوع عليه فبناءه كما كان بغير اذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه بل يكون متبرعاً لانه يبنى ملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعاً فلا يرجع عليه بشيء ولو أراد أحدهما قسمة عرضة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب وفي القسمة جبراً ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا اذا لم يكن عرضاً فان كان يقسم قسمة جبراً لانه لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لا حدهما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان الطالب صاحب الجذوع يحجر الآخر على القسمة لانه في الانتفاع متمتعاً وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضى بسقوط حقه وان كان الطالب من لا جذوع له لا يحجر صاحب الجذوع على القسمة لان فيه ابطال حقه في وضع الجذوع فلا يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يحجر على اعادته لما ذكرنا انه أشق محل حق أحدهما فيجب جبره على الاعادة وعلى هذا سفل رجل وعليه علو لغيره فأراد صاحب السفل أن يفتح باباً أو يثبت كوة أو يحفر طاقاً أو يقد ويد أعلى الحائط أو يتصرف فيه تصرفاً لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو سواء أضر ذلك بالعلو

بأن أوجب وهن الحائط أو لم يتضرر به عند أي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك ان لم يتضرر بالعلو ولو أراد صاحب السفل أن يخفر في سفله بئراً أو بالوعة أو سرداباً فله ذلك من غير رضا صاحب العلو اجماعاً وكذا ايقاد النار للطبخ أو للتبخير وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلوان يحدث على علوه بناء أو يضع جذوعاً لم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه باباً أو كنيقالاً يكن قبله ليس له ذلك عند أي حنيفة سواء أضر بالسفل أولاً وعندهما له أن يفعل ذلك مالم يتضرر بالسفل وله ايقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل اجماعاً منهم من قال لا خلاف بينهم في الحنيفة وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله ومنهم من حتم الخلاف (وجهه) قولهما أن صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الا لحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق ألا ترى أن الانسان لا يمنع من الاستغلال بجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لا نعدم تضرر المالك والخلاف هنا في تصرف لا يتضرر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولا في حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف في ملك الغير وحده لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى ان قتل المرأة والمبجور من دار المالك الى موضع آخر حرام وان كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه انه يباح التصرف في ملك الغير وحته برضاه ولو كانت الحرمة لا يلحقه من الضرر لما أبيح لان الضرر لا ينعدم رضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحته حرام بأمر المالك أولاً وهنا حق لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه الا باذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستغلال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لان ذلك ليس تصرفاً في ملك الغير وحته اذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحته وهنا بخلافه وعلى هذا اذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزاباً أو كان ميزاباً فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزاباً أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لان صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حته وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطاً ليلسدوا مسيله أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم ذلك لان ذلك تصرف في حق الغير بالا بطلان التغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو بنى أصل الدار لتسهيل ميزابه على ظهره فلم يكن ذلك لان متصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار لرجل فيها طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا في ساحة الدار ما يتقطع طريقه ليس لهم ذلك لان فيه ابطال حق المرور وينبغي أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار لان عرض الطريق متندر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع الى الطريق جناحاً أو ميزاباً فتقول هذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت السكة نافذة واما ان كانت غير نافذة فان كانت نافذة فانه ينظر ان كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام ولو فعل ذلك فلكل واحد أن يقلع عليه ذلك وان كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به مالم يتقدم اليه أحد بالرفع والنقض فاذا تقدم اليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس الاشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق (وجهه) قولهما ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير ليس لعينه بل للتحرز عن الضرر ولا ضرار بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده ولا في حنيفة رحمه الله ان اشراع الجناح والميزاب الى طريق العامة تصرف في حتمهم لان هواء البقعة والبقعة حتمهم فكذا هو اؤها فكان الانتفاع بذلك تصرفاً في حق الغير وقد مر ان التصرف في حق الغير بغير اذنه حرام سواء أضر به أولاً أو لا أنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الاذن منهم دلالة لانه ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الانسان باذنه مباح فاذا وقعت المطالبة بصرح النقض بطلت الدلالة فبقى الانتفاع بالمبنى تصرفاً في حق مشترك بين الكل من غير اذنه ورضاهم فلا يحل هذا اذا كانت السكة نافذة فأما اذا كانت غير نافذة فان كان له حق في التقديم فليس لاهل السكة حق المنع لتصرفه في حق نفسه وان لم



يكن له حق في التقديم فلم يمنعه سواء كان لهم في ذلك مضرة أو لا لما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير لا تقف على المضرة والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الشهادة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الشهادة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة وفي بيان حكم الشهادة أما ركن الشهادة فتقول الشاهد أشهد بكذا وكذا وفي متعارف الناس في حقوق العباد هو الأخبار عن كون ما في يد غيره لغيره فكل من أخبر بأن ما في يد غيره لغيره فهو شاهد وبه يتفصل عن المقر والمدعى والمدعى عليه على ما ذكرنا في كتاب الدعوى

فصل في شرائط في الأصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة ونوع هو شرط أداء الشهادة (أما الأول فتلاثة أحدها أن يكون عاقلاً وقت التحمل فلا يصح التحمل من الجنون والصبي الذي لا يعقل لأن تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك إلا بالآلة القهية والضبط هو العقل والثاني أن يكون بصيراً وقت التحمل عند نفاذ يصح التحمل من الأعمى وعند الشافعي رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الأداء لأن الحاجة إلى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسماع وللأعمى سماع صحيح فيصح تحمله للشهادة وقد روي على الأداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لأن الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصماً إلا بالرؤية لأن النعمات يشبه بعضها بعضاً (وأما البلوغ والحرية والسلام والعدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الأداء حتى لو كان وقت التحمل صبياً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً ثم بلغ الصبي وعق العبد وأسلم الكافر وناب الفاسق فشهدوا عند القاضي قبل شهادتهم وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق فشهد له تقبل وكذا المرأة إذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانت منه فشهدت له تقبل شهادتها لأن تحملها الشهادة للمولى والزوج صحيح وقد صار من أهل الأداء بالعتق والبيئونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق فردت شهادته لهمة الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لهمة الزوجة ثم شهدوا في تلك الحادثة بعد التوبة والبيئونة لا تقبل ولو شهد العبد أو الصبي العاقل أو الكافر على مسلم في حادثة فردت شهادته ثم أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فشهدوا في تلك الحادثة بغيرها قبل (ووجهه) الفرق أن الفاسق والزوج لهما شهادة في الجملة وقد وردت فإذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجية في تلك الحادثة فقد أعادت تلك الشهادة وهي مردودة والشهادة مردودة لا تحتمل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبي لأنه لا شهادة للكافر على المسلم أصلاً وكذا الصبي والعبد لا شهادة لهما أصلاً فإذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فقد حدث لهم بالإسلام والعتق والبلوغ شهادة وهي غير المردودة فتقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعينة المشهود به بنفسه لا بغيره إلا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع إلا في أشياء مخصوصة وهي النكاح والنسب والموت فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وإن لم يعين بنفسه لأن مبنى هذه الأشياء على الأشهر فقامت الشهرة فيها مقام المعينة وكذا إذا شهد العرس والزفاف بجوزله أن يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح وكذا في الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له أن يشهد بموته واختلّفوا في تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو أن يشتر ذلك ويستفيض وتتوار به الأخبار عنده من غير نواطئ لأن الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معينة فعلى هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما يدخل في حد التواتر وذكر أحمد بن عمر وابن مهران الخصاص أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل

وامرأتان

وامرأتان أن هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك استدلالاً بحكم الحاكم وشهادته فانه يحكم بشهادة شاهدين من غير معينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل كذا هذا ولو أخبره رجل أو امرأة بموت إنسان حل للسامع أن يشهد بموته فعلى هذا يحتاج إلى الترق بين الموت وبين النكاح والنسب ووجه الفرق أن مبنى هذه الأشياء وإن كان على الأشهر إلا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب لذلك شرط العدد في النكاح والنسب لا في الموت لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول إني لم أعين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا حتى لو شهد كذلك لا تقبل وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول ثم رجع وقال تقبل وذكر الطحاوي رحمه الله قول محمد مع أبي يوسف الآخر ووجهه أن الولاء لحمه كلحمه النسب ثم الشهادة بالتسامع في النسب مقبولة كذا في الولاء لا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب رضي الله عنه نشهد أن نافعاً كان مولى ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن جواز الشهادة بالتسامع في النسب لما أن مبنى النسب على الأشهر فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الأشهر فلا بد من معينة الاعتاق حتى لو اشهر اشتهار نافع لابن سيدنا عمر رضي الله عنهما حلت الشهادة بالتسامع وأما الشهادة بالتسامع في الوقف فلم يذكر في ظاهر الرواية إلا أن مشايخنا أحقوه بالموت لأن مبنى الوقف على الأشهر أيضاً كالموت فكان ملحقاً به وكذا يجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية أن هذا قاضي بلد كذا وإلى بلد كذا وإن لم يعين المنشور لأن مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيها مقام المعينة ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعينة المشهود به بنفسه يحصل بمعينة دليله بأن يرى ثوباً أو دابة أو داراً في يد إنسان يستعمله استعمال المالك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد لأن اليد المتصرف في المال من غير منازع دليل الملك فيه بل لا دليل بشاهد في الأموال أقوى منها وزاد أبو يوسف فقال لا تحل له الشهادة حتى يقع في قلبه أيضاً أنه له وبنينا أن يكون هذا قولهم جميعاً أنه لا يجوز للرأي الشهادة بالملك لصاحب اليد حتى يراه في يده يستعمله استعمال المالك من غير منازع وحتى يقع في قلبه أنه له وذكر في الجامع الصغير وقال كل شيء في يد إنسان سوى العبد والامة يسعك أن تشهد أنه له استثنى العبد والامة فيقتضي أن لا تحل له الشهادة بالملك لصاحب اليد فيهما إلا إذا أقرأاً بنفسهما وإنما أراد به العبد الذي يكون له في نفسه يدان كان كبيراً يعبر عن نفسه وكذا الامة لأن الكبير في يد نفسه ظاهر إذا الأصل هو الحرية في بني آدم والرق عارض فكانت يده إلى نفسه أقرب من يد غيره فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه بخلاف الجادات والبهائم لأنه لا يدها فبقيت يد صاحب اليد دليل على الملك ولأن الحر قد يجرد كانه عبد عادة وهذا أمر ظاهر في متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهران فلم تصلح اليد دليل فيه أما إذا كان صغيراً يعبر عن نفسه كان حكمه حكم الثوب والبهيمة لأنه لا يكون له في نفسه يد فيلحق بالحر وض والبهائم فتحل للرأي الشهادة بالملك فيه لصاحب اليد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرائط أداء الشهادة فنوع بعضها يرجع إلى الشاهد وبعضها يرجع إلى نفس الشهادة وبعضها يرجع إلى مكان الشهادة وبعضها يرجع إلى المشهود به أما الذي يرجع إلى الشاهد فنوع بعضها يعم الشهادات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض أما شرائط العامة فمنها العقل لأن من لا يعقل لا يعرف الشهادة فكيف يقدر على أدائها ومنها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبي العاقل لأنه لا يقدر على الأداء إلا بالتحفظ والتحفظ بالتذكر والتذكر بالتفكير ولا يوجد من الصبي عادة ولا الشهادة فيها معنى الولاية والصبي مولى عليه ولا نه لو كان له شهادة للزمتة الإجابة عند الدعوة للآية الكرمة وهو قوله تعالى ولا ياب الشهاداء إذا دعوا أي دعوا للدعاء فلا يلزمه إجماعاً ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء والشهادة شيء فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكرمة ولا الشهادة تجري مجرى الولايات والتمليكات أمامه

شرائط الشهادة







بدينه فكانت المعصية معصية مستقطعة للعدالة والاصل في هذا الفصل أن من ارتكب جرمة فان كانت من الكبائر سقطت عدايته إلا أن يتوب فان لم تكن من الكبائر فان أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك لأن الصغيرة بالاصرار عليها نصير كبيرة قال عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وان لم يصر عليها لا تسقط عدايته اذا غلبت حسناته سيما أنه وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله قال أبو حنيفة رضي الله عنه الشرط هو العدالة الظاهرة فاما العدالة الحقيقية وهي الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديلات والتركيب فليست بشرط وقال أبو يوسف وعمر بن محمد رحمهم الله ان شرط ولقب المسئلة أن القضاء بظاهر العدالة جازعده وعندهما لا يجوز وجملة الكلام فيه أنه لا خلاف في أنه اذا طعن الخصم في الشاهد أنه لا يكتفي بظاهر العدالة بل يسأل القاضي عن حال الشهود وكذا لا خلاف في أنه يسأل عن حالهم في الحدود والقصاص ولا يكتفي بالعدالة الظاهرة سواء طعن الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص اذا لم يطعن الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل وقال يسأل عن مشايخنا من قال هذا الاختلاف اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة لأن زمن أبي حنيفة رحمه الله كان من أهل خير وصلاح لأنه زمن التابعين وقد شهد لهم النبي عليه الصلاة والسلام بالخير بقوله خير القرون قرني الذي أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب الحديث فكان الغالب في أهل زمانه الصلاح والساد فوهمت الغيبة عن السؤال عن حالهم في السر ثم تغير الزمان وظهر الفساد في قرنهما فوقعت الحاجة الى السؤال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم لا اختلاف الزمان فلا يكون اختلافا حقيقة ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما ان العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للاثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة ههنا الى الاثبات وهو إيجاب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة بدليلها ولا يحنيفة ظاهر قوله عز وجل وكذلك جعلناكم أمة وسطا أي عدلا وصف الله سبحانه وتعالى مؤمنا هذه الامة بالوسطية وهي العدالة وقال سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة أصلا في المؤمنين وزوالها يعارض ولأن العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول اليها فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت عدايتهم قبل السؤال عن حالهم فيجب الاكتفاء به إلا أن يطعن الخصم لأنه اذا طعن الخصم وهو صادق في الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من الترجيح بالسؤال والسؤال في الحدود والقصاص طريق لدفعها والحدود يحتمل فيها اللدرة ولو طعن المشهود عليه في حرية الشاهدين وقال انهما رقيتان وقالنا نحن حران فالقول قوله حتى تقوم لهما البيينة على حريةهما لأن الأصل في بني آدم وان كان هو الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام وهما حران لكن الثابت بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من اثباتها بالدلائل والاصل فيه أن الناس كلهم أحرار الا في أربعة الشهادات والحدود والقصاص والعقل هذا اذا كنا نحوي النسب لم نعرف حريةهما ولم تكن ظاهرة مشهورة بان كانا من الهند أو الترك أو غيرهم من لا نعرف حريةه أو كانا عربين فيما إذا لم يكونا من يجرى عليه الرق فالقول قولهما ولا يثبت رقبتهما الا بالبيينة وأما بيان ان العدالة شرط قبول أصل الشهادة وجود أم شرط القبول مطلقا وجوبا وجودا فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله انها شرط القبول للشهادة وجود على الإطلاق وجوبا لا شرط أصل القبول حتى يثبت القبول بدونه وقال الشافعي عليه الرحمة انها شرط أصل القبول لا يثبت القبول أصلا دونها حتى ان القاضي لو تحرى الصدق في شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز القبول من غير تحرر بالاجماع وكذا لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحرر واذا شهد بحجب عليه القبول وهذا هو الفصل بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة لا يجوز للقاضي أن يقضي بشهادة الفاسق أصلا وكذا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعندنا لا ينعقد (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن مبنى قبول الشهادات على الصدق ولا يظهر الصدق الا بالعدالة لأن خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق

والكذب

والكذب ولا يقع الترجيح الا بالعدالة واحتج في انعقاد النكاح بقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل (ولنا) عمومات قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود والقاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى ممن ترضون من الشهداء قسم الشهود الى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضي وهو الفاسق شاهداً ولأن حضرة الشهود في باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا الحاجة الى شهادتهم عند الجحود والانكار لأن النكاح يشهر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والانكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة الفاسق فينعقد النكاح بحضرتهم وأما قوله الركن في الشهادة هو صدق الشاهد نعم لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من الفسقة من لا يبالي بارتكابه أنواع من الفسق ويستكف عن الكذب والكلام في فاسق تحرى القاضي الصدق في شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض قلة الحديث أنه قال لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولن يثبت فلا محالة فيه بل هو حجة عليه لأنه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد لأنه لو كان كذلك لقال لا نكاح الا بولي وشاهدين عدلين بل هذا اضافة الشاهدين الى العدل وهو كلمة التوحيد فكانه قال عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي عدلين بل هذا اضافة الشاهدين الى العدل وهو كلمة التوحيد فكانه قال عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي مقابلي كلمة العدل وهي كلمة الاسلام والفاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرتهم ومنها أن لا يكون محدوداً في قذف عندنا وهو شرط الاداء وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لأن المانع هو النسق بالقذف وقد زال بالتوبة (ولنا) قوله تعالى جل وعلا والذين يرمون المحصنات الآية نهي سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامي على التأييد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن الحدود في القذف مخصوص من عمومات الشهادة عملاً بالنصوص كلها صيانة لها عن التناقض وكذلك الذي اذا قذف مسلماً فحدد القذف لا تقبل شهادته على أهل الذمة فان أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين وبمثله العبد المسلم اذا قذف حراً ثم حدد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وان أعق (ووجه) الفرق أن اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والثابت للذمي قبل اقامة الحد شهادته على أهل الذمة لا على أهل الاسلام فتبطل تلك الشهادة باقامة الحد فاذا أسلم فقد حدثت له بالاسلام شهادة غير مردودة وهي شهادته على أهل الاسلام لانهم لم تكن له تبطل بالحد فتقبل هذه الشهادة ثم من ضرورة قبول شهادته على أهل الاسلام قبول شهادته على أهل الذمة بخلاف العبد لان العبد من أهل الشهادة وان لم تكن له شهادة مقبولة لأن له عدالة الاسلام واحداً بطل ذلك على التأييد ولو ضرب الذمي بعض الحد فأسلم ثم ضرب الباقي تقبل شهادته لأن المبطل للشهادة اقامة الحد في حالة الاسلام ولم توجد لأن الحد اسم للكل فلا يكون البعض حداً لأن الحد لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة روايتين اخريين فقال في رواية لا تقبل شهادته وفي رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطاً واحداً في الاسلام لأن السياط المتقدمة توقف كونها حداً على وجود السوط الاخير وقد وجد كمال الحد في حالة الاسلام وفي رواية اعتبر الاكثران وجداً كثر الحد في حال الاسلام تبطل شهادته والا فلا لأن لا كثر حكم الكل في الشرع والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الاخير تبين أن السياط كلها كانت حداً ولم يوجد الكل في حال الاسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بالاسلام هذا اذا شهد بعد اقامة الحد وبعد التوبة فاما اذا شهد بعد التوبة قبل اقامة الحد فتقبل شهادته بالاجماع ولو شهد بعد اقامة الحد قبل التوبة لا تقبل شهادته بالاجماع ولو شهد قبل التوبة وقبل اقامة الحد ففي مسألة شهادة الفاسق وقد مر وأما النكاح بحضرة الحدود في القذف فينعقد بالاجماع أما عند الشافعي رحمه الله فلا لأنه شهادة أداء فكانت له شهادة سماعاً وأما عندنا فلا لأن حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والانكار لا ندفع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به وهذا يجعل بحضرة الحدود في القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهي عن القبول والانعقاد ينفصل



عن القبول في الجملة وأما الحدود في الزنا والسرقة والشرب فتقبل شهادته بالاجماع اذا تاب لانه صار عدلاً والقياس  
أن تقبل شهادة الحدود في القذف اذا تاب لولا النص الخاص بعدم القبول على التأييد ومنها أن لا يجزى الشاهد الى  
نفسه مغنياً ولا يدفع عن نفسه من شهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا دفع المغنم ولأن  
شهادته اذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صار منهاماً ولا شهادة للمغنم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم  
ولانه اذا جاز النفع الى نفسه بشهادته لم تقع شهادته تعالى عز وجل بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا يخرج شهادة الوالد  
وان علا لولده وان سفل وعكسه أنها غير مقبولة لان الوالد ينفع بعض عيال البعض عالة فيتحقق معنى  
جر النفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل وذكر الخصاص رحمه الله في أدب القاضي عن النبي عليه الصلاة والسلام  
أنه قال لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا السيد لعبده ولا العبد لسيد ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج  
لزوجته وأما سائر القربات كالأخ والعمة والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط  
في مال البعض عرفاً وعادة فالتحقق بالاجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد  
من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم عيال البعض فكانوا كالاجانب ولا تقبل  
شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاهما قلنا وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعي  
رحمه الله تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير تخصيص بحقوقه تعالى جل وعلا واستشهدوا وشهيد من  
رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوي عدل منكم وقوله عظمت كبرياؤه ممن رضون من الشهداء من غير فصل  
بين عدل وعدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم  
ولا شهادة للمغنم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجزى المغنم الى نفسه لانه ينتفع عيال صاحبه عادة فكان شاهداً  
لنفسه لما روينا من حديث الخصاص رحمه الله وأما العمومات فتقول بموجبها لكن لم قلنا أن أحد الزوجين في  
الشهادة لصاحبه عدل ومرضى بل هو مائل ومنهم ما قلنا لا يكون شاهداً فلا تنأوله العمومات وكذا لا تقبل  
شهادة الاجير في الحادثة التي استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع الى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشريكين  
لصاحبه في مال الشركة ولو شهد رجلان رجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على  
الميت بدين ألف درهم فشهادة الفريقين باطلة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله  
جائزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين  
بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما داراً أو عبداً وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة الفريقين  
جائزة بالاجماع لمحمد رحمه الله ان كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهماً في شهادته ولهما أن ما يأخذه كل  
فريق فالفريق الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهداً لنفسه بخلاف ما اذا اختلف جنس المشهود به  
لان ثمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصماً لقوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز شهادة خصم ولا  
ظنين ولانه اذا كان خصماً فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا يخرج شهادة الوصي للميت واليتم الذي في حجره  
لانه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالماً بالمشهود به وقت الاداء اكراله عند أبي  
حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى انه لو رأى اسمه وخطه وخاتمه في الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة  
لا يحل له أن يشهد ولو شهد وعلم القاضي به لا تقبل شهادته عنده وعندهما له أن يشهد ولو شهد تقبل شهادته (وجه)  
قولهما انه لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهي معلومة في الصك فيحل له أدائها واذا  
أدائها تقبل ولأن النسيان أمر جليل عليه الانسان خصوصاً عند طول المدة بالشئ لأن طول المدة ينسى فلو شرط  
ذكر الحادثة لاداء الشهادة لانسداد باب الشهادة فيؤدي الى تضییع الحقوق وهذا لا يجوز ولا يوجب حنيفة رحمه الله قوله  
تعالى جل شأنه ولا تتق ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا

فدع ولا يرد على الخط والخم لان الخط يشبه الخط والخم يشبه الخم ويجزى فيه الاحتياط والزور مع ما أن  
الخط لا يرد كزور لا يرد كزور وجوده عند منة واحدة وعلى هذا الخلاف اذا وجد القاضي في ديوانه شيئاً  
لا يذكره وديوانه تحت ختمه أنه لا يذكر به عنده وعندهما يعمل اذا كان تحت ختمه وعلى هذا الخلاف اذا عزل  
القاضي ثم استتضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشئ مما يرى في ديوانه الاول ولا يذكر ذلك ليس له ذلك عنده وعندهما  
له ذلك والله تعالى أعلم (وأما) الشرائط التي ترجع الى نفس الشهادة فأناوع منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من  
الالفاظ كاللفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يؤدي معنى الشهادة تبعداً غير معقول المعنى ومنها أن تكون  
موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفتم لا تقبل الا اذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند  
امكان التوفيق لان الشهادة اذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعدر التوفيق اشردت عن الدعوى  
والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة وبيان ذلك في مسائل اذا ادعى ملكاً بسبب  
ثم أقام البيعة على ملك مطلق لا تقبل وبمثله لو ادعى ملكاً مطلقاً ثم أقام البيعة على الملك بسبب تقبل (وجه)  
الفرق ان الملك المطلق أعم من الملك بسبب لانه يظهر من الاصل حتى تستحق به الزوائد والملك بسبب يقتصر على  
وقت وجود السبب فكان الملك المطلق أعم فصار المدعى بأقامة البيعة على الملك المطلق مكذباً بشهوده في بعض  
ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل يناقض الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتهما معاً في محل  
واحد بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البيعة على الملك بسبب لان الملك بسبب أخص من الملك المطلق  
على ما بينا فقد شهدوا باقل مما ادعى فلم يصح المدعى مكذباً بشهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شيء  
لا شهادة لهم عليه وصار كالأدعي التاخي فثبت الشهود على الف انه تقبل البيعة على الالف لما قلنا كذا  
هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البيعة على الملك بسبب آخر بان ادعى داراً في يد رجل انه ورثها من أبيه  
ثم أقام البيعة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض أو ادعى الشراء أو الهبة أو  
الصدقة ثم أقام البيعة على الارث لا تقبل بينته لان الشهادة خالفت الدعوى لا اختلاف البيعتين صورة ومعنى أما  
الصورة فلا شك فيها وأما المعنى فلان حكم البيعتين يختلف فلا يقبل الا اذا وفق بين الدعوى والشهادة فقال  
كنت اشتريت منه لكنه جحدني الشراء وعجزت عن إثباته فاستوهبت منه فوهب مني وقبضت وأعاد البيعة  
تقبل لانه اذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب بشهوده ويصير هذا في الحقيقة ابتداء ولهذا يجب عليه  
اعادة البيعة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا اذا وفق فقال ورثته من أبي الأنة جحداني فاشترت منه أو وهب  
لي فانهما تقبل لزوال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعد هذا وأقام البيعة على  
الشراء بالف درهم لا تقبل لان البديل قد اختلف واختلاف البديل يوجب اختلاف العقد فقد قامت البيعة على  
عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا اذا وفق المدعى فقال اشترت بالعبد الا انه جحدني الشراء به فاشترت به  
بعيد ذلك بالف درهم فتقبل لزوال المخالفة وهذا اذا كان دعوى التوفيق في مجلس آخر بان قام عن مجلس الحكم  
ثم جاء وادعى التوفيق فاما اذا لم يتم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه لم أقام البيعة  
على انه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته وبمثله لو ادعى انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البيعة على  
انه لم تقبل ووجه الفرق ان قوله أولاً انه لا ينفى قوله انه لفلان وكلني بالخصومة فيه لجواز ان يكون له بحق  
الخصومة والمطالبة ولغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكناً قبلت البيعة بخلاف الفصل الثاني لان قوله هو لفلان  
وكلني بالخصومة فيه ينفي قوله بعد ذلك هو لا نه صرح بان الملك فيه لفلان وانه وكل بالخصومة فيه بقوله  
انه لفلان وكلني بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لا نه اقراراً منه بالملك لنفسه فكان مناقضاً فلا تقبل ولو ادعى  
انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البيعة على انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه لا تقبل لان قوله أولاً انه لفلان







تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تبطل حتى يقولوا لا وارث له غيره  
لا تهم لم يقولوا لا وارث له غيره احتمل ان يكون له وارث غيره لا يعمونه والصحيح قول العامة لان الشاهد انما  
يحل له الشهادة بما في علمه ونفي وارث آخر ليس في علمه فلا يحل له الشهادة به الا على اعتبار ما في علمه على ما ذكرنا  
ولو قالوا لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصراع في أرض كذا قبل عند أي حنيفة وعندهما لا تقبل (وجهه)  
قولهما ان قولهم لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصراع لا ينفى وارثا غيره لجواز ان يكون له وارث آخر في مصر آخر ولا ي  
حنيفة رحمه الله انه لو كان له وارث آخر في موضع آخر لم يولد له وارث لان الانسان لا يخفى على أهل بيته عادة فكان  
التخصيص والتعميم فيه سواء نعم اذا شهدوا انه وارث له وارث له غيره أو شهدوا انه وارث له ولا نعلم له وارثا غيره أو لا نعلم  
له وارثا غيره في هذا المصراع على مذهب أي حنيفة رضي الله عنه فانه يدفع كل التركة اليه سواء كان الوارث من لا يحتمل  
الحجب كالابن والاب والام ونحوهم أو يحتمل كالاخ والاخت والجد ونحوهم لانه تعين وارثه في دفع اليه جميع  
الميراث الا اذا كان زجا او زوجة فلا يعطى الا أكثر نصيبه فلا يعطى الزوج الا النصف ولا تعطى المرأة الا الربع  
لانهم لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك لانه لا يرد عليهما وفي هذين الموضعين لا يؤخذ من الوارث كفيلا  
بالاجماع وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انه وارث له ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثا غيره فانه ينظر  
ان كان ممن يحتمل الحجب لا يدفع اليه شيء لجواز ان يكون نعمة حاجب فان كان لا يعطى وان لم يكن يعطى بالشك وان  
كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع اليه جميع المال الا الزوج والزوجة فانه لا يدفع اليهما الا نصيبهما وهو أكثر النصيبين  
عند محمد رحمه الله للزوج والنصف وللزوجة الربع وعند أبي يوسف رحمه الله أقل النصيبين للزوج الربع وللزوجة  
النصف في ظاهر الرواية عنه (وجهه) قول محمد رحمه الله ان النقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاوجة وفي وجود  
المزاحمة شك فلا يثبت النقصان بالشك ولا يبي يوسف رحمه الله ان الأقل ثابت بيمين وفي الزيادة شك فلا يثبت  
الزيادة بالشك وروى عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللزوجة الربع مع اثني لجواز ان يكون له أربع نسوة  
فيكون لها ربع الثمن لانه ثابت بيمين وفي الزيادة شك وروى عنه أصحاب الاملا وللزوج الخمس وللزوجة ربع  
التسع أما الزوج فلان من الجائز ان يكون للمرأة ابوان وبنات وزوج أصل المسئلة من اثني عشر للابوين  
السدسان أو بعة وللبنين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثه أسهم فصارت القرية من خمسة  
عشر وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج وأما المرأة فلان من الجائز ان يكون للميت ابوان وبنات وزوجة  
أصل المرأة من أربع وعشرين للابوين السدسان ثمانية وللبنين الثلثان ستة عشر وللزوجة الثمن ثلاثة فعالت ثلاثة  
أسهم فصارت القرية سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين تسعها ثم من الجائز ان يكون معها ثلاثة أخرى  
فيكون أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على أربع لا تستقيم فتضرب أربع في تسعة ويكون ستة  
وثلاثين سهما تسعها أربع فليها من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلاثين سهما ثم في هذا الوجه  
الثالث اذا كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب ودفع المال اليه هل يؤخذ منه كفيلا قال أبو حنيفة عليه الرحمة  
لا يؤخذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ (وجهه) قولهما ان أخذ الكفيل لصيانة الحق والحاجة مست  
الى الصيانة لا احتمال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيل نظراً للوارث كما في رد الآبق واللقطة الى صاحبها  
ولا يحنيفة رحمه الله ان حق الخاضر للحال ثابت بيمين وفي ثبوت الحق لوارث آخر شك لانه قد يظهر وارث  
آخر وقد لا يظهر فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيمين حتى يشكوك فيه مع ما ان المكفول له مجهول والكفالة  
للمجهول غير صحيحة وانما أخذ الكفيل بتسليم الآبق واللقطة فتدقيل انه قولهما لما ان في المسئلة وإيتان فاما  
عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكفيل على اناسنا فتلك كفالة لمعلوم لا لمجهول لان الراد انما يأخذ الكفيل  
لنفسه كيلا يلزمه الضمان فلم تكن كفالة لمجهول وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير

وقال هذا شيء واحتاط به بعض القضاة وهو ختم رأيت لو لم يجد كفيلا كنت أمتنع حتى دلت نسبيته أخذ  
الكفيل فانه على ان مذهبنا ليس كل عتيد مقبولة اذا العتوب لا يحتمل ان يكون ظاهراً فدلت انسابه على براءة  
ساحته عن ثبوت الاعتراف بحمد الله ومنه وأما الذي رجح الى المشهود به فانه ان تكون الشهادة بمعلوم فان  
كانت بمجهول لم تقبل لان علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضاءه فانه لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج  
ما اذا شهد رجلان عند القاضي ان فلان وارث فلان وارث هذا الميت لا وارث له غيره انه لا يقبل شهادتهما لانهما شهدا بمجهول  
لجهالة الوارث أسباب الورثة واختلاف أحكامها فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثا غيره أو أخوه  
لا يبي وأمه لا يعلمون له وارثا غيره وقوله لا يعلمون له وارثا غيره لثلاثا يتلوم القاضي لانه من الشهادة عند محمد رحمه  
الله لجنس هذه المسائل بابأي الزيادة يعرف ثمة ان شاء الله تعالى ومنها ان يكون المشهود به معلوما للشاهد عند أداء  
الشهادة حتى لو ظن لا يحل له الشهادة وان رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يذكر بنفسه وهذا عند أبي حنيفة  
رضي الله عنه وعندهما ان رأى خطه وختمه ان يشهد نحو ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبين وأما  
الذي يخص المكان فواحد وهو من عتيد القاضي لان الشهادة لا تصير حجة ملزمة الا بقضاء القاضي فتختص بمجلس  
القضاء والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الشرائط التي تخص بعض الشهادات دون البعض فانواع أيضاً (منها)  
الدعوى في الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعى بنفسه أو نائبه لان الشهادة في هذا الباب شرعت لتحقيق قول  
المدعى ولا يتحقق قوله الا بدعواه ايمان نفسه وامان ثبته وأما حقوق الله تبارك وتعالى فلا يشترط فيها الدعوى  
كأسباب الحرمان من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حقاً لله تعالى لانه شرطت الدعوى في باب  
السرقه لان كون المسروق ملكا لغير السارق شرط لتحقيق كون الفعل سرقة شرعاً ولا يظهر ذلك الا بالدعوى فشرطت  
الدعوى لهذا واختلف في عتق العبد انه حق للعبد فشرطت فيه الدعوى أو حق لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى  
مع الاتفاق على ان عتق الامة حق لله تعالى لما علم من الخلاف في كتاب العتاق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) العدد  
في الشهادة بما يطالع عليه الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان  
(وقوله) سبحانه وتعالى ثم يأتوا بأربعة شهداء ولان الواجب على الشاهد اقامة الشهادة لله عز وجل الآية وهو قوله  
تعالى وأقيموا الشهادة لله تعالى وقوله تعالى كونوا قوامين بالنسب شهداء لله ولا تنفع الشهادة لله الا وان تكون خالصة  
صافية عن جر النفع ومعلوم ان في الشهادة منفعة للشاهد من حيث التصديق لان من صدق قوله يتأذبه فلو قبل قول  
الفردي لم يحل شهادته عن جر النفع الى نفسه فلا يخلص لله عز وجل فشرط العدد في الشهادة ليكون كل واحد مضافاً  
الى قول صاحبه فتصنف الشهادة لله عز شأنه ولانه اذا كان فرداً يخاف عليه السهو والنسيان لان الانسان  
مطبوع على السهو والغفلة فشرط العدد في الشهادة ليزكر البعض البعض عند اعتراض السهو والغفلة كما قال  
الله تعالى في اقامة امرأتين مقام رجل في الشهادة ان تضل إحداها فتذكر إحداها أخرى ثم الشرط عدد  
المشني في عموم الشهادات القائمة على ما يطالع عليه الرجال الا في الشهادة بالزنا فانه يشترط فيها عدد الاربعة  
لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم يأتوا بأربعة شهداء وقوله تعالى فان لم يأتوا بالشهداء فأولئك  
عند الله هم الكاذبون ولان الشهادة في هذا الباب أحد نوعي الحجة فتعتبر بالنوع الآخر  
وهو الاقرار ثم عدد الاقرار الاربعة شرط لظهور الزنا عندنا فكذلك في الشهادة ولان عدد الاربعة في الزنا ثبت  
بخلاف سائر الحدود فانه لا يشترط العدد في الاقرار لظهورها فكذلك في الشهادة ولان عدد الاربعة في الزنا ثبت  
نصاً بخلاف القياس لان خبر من ليس بمعصوم من الكذب لا يخلو عن احتمال الكذب وعدد الاربعة في  
احتمال الكذب مثل عدد المثنى ما لم يدخل في حد التواتر لكانا عرفناه شرطاً بنص خاص معدولاً به عن القياس فيجب  
سائر الابواب على أصل القياس واما فيما لا يطالع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء فالعدد فيه ليس



بشرط عندنا فتقبل فيه شهادة امرأه واحدة والثقتان أحوط وعند مالك والشافعي رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا ان عند مالك رحمه الله يكتب في بامراتين وعند الشافعي رحمه الله لا بد من الاربع وجه قول مالك ان شهادة الرجال لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة وجوب الاكتفاء بعدد من النساء وجه قول الشافعي رحمه الله ان الشرع اقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتب في بامراتين فلا يكتب في بامراتين من اربع نسوة (ولنا) ان شرط العدد في الشهادة في الاصل ثبت تعبد غير معتول المعنى لان خبر من ليس بمعتوم عن الكذب لا يفيد العلم قطعاً وثبوتاً فبيده غالب الرأي وأكثر الظن وهذا ثبت بخبر الواحد العدل ولهذا لم يشترط العدد في رواية الاخبار الا ان اعرنا العدد فيها شرطاً بالنص والنص ورد بالعدد في شهادة النساء في حالة مخصوصة وهي ان يكون معهن رجل بقوله تعالى عز شأنه فرجل وامرأتان فيثبت حالة الا ان اعرنا عن الرجال على أصل القياس وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة قبل لانه لما قبل شهادة امرأه واحدة فشهادة رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان اختلفا لم تقبل لان اختلافهما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولا ن عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الا أحد شرطى الشهادة ولا يكتب به فيما يشترط فيه العدد ثم نقول الاختلاف قد يكون في جنس المشهود به وقد يكون في قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلافهما في الجنس فتد يكون في العقد وقد يكون في المال اما في العقد فهو ان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العقدين صوره ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بعدد غير ما شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما في المال فهو ان يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لانهما جنسان مختلفان وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو ما اذا ادعى رجل على رجل الف درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالالف والآخر بالف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً وعندهما تقبل على الف ولو كان المدعى يدعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل على الف بالاجماع وجه قوله ان الشهادة لم تخالف الدعوى في قدر الف بل وافقتها بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما اذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف تقبل على الف لما قلنا كذا هذا ولا ي حنيفة رحمه الله ان شرط الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفين وانه اسم وضع دلالة على عدد معلوم واسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الاعداد كما ترك لالف من الابل والحيدة لما تمة منها ونحو ذلك فلم تكن الالف انفراد مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على ما دخل تحت الدعوى فانفردت الشهادة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فلا تقبل بخلاف ما اذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف انه يقبل على الف لان الالف والخمسمائة اسم لعدد من الامرى انه يعطف احدهما على الآخر فيقال الف وخمسمائة فكان كل واحد منهما باقراده داخل تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مقصوداً فاذ شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الالف فيقضى به للمدعى لقيام الحجة عليه بخلاف الالف والالفين لانه اسم لعدد واحد لا تصح على ما دونه بحال فلم تكن الالف المقررة داخلية تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليهما شاهدة على ما دخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى ألفاً فشهد أحدهما بالالف والآخر بالفين لا تقبل على الف بالاجماع لان المدعى كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا اذا وفق فقال كان لي عليه ألفان الا انه كان قد قضاني الف ولم يعلم به الشاهد فيقبل وكذا لو ادعى ألفاً فشهد أحدهما بالالف والآخر بالف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا الا اذا وفق فقال كان لي عليه الف وخمسمائة الا انه قضاني خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه اذا وفق فتد زال الاختلاف المانع من القبول ولو

ولو ادعى على رجل انه باع عبده بالف درهم وهو ينكر فشهد شاهدان بالالف او ادعى انه باع بالف وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف لا تقبل بالاجماع لان الشاهدين اختلفا في البذل واختلاف البذل يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهداً بعتد غير عتد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا تقبل ولا يثبت العقد وكذا لو كان المشتري مدعيًا والبائع مدعيًا عليه لما قلنا فان كان هذا في الجارة ينظر ان كانت الدعوى من المؤاجر في مدة الجارة لا تقبل لان هذا يكون دعوى بالعقد وليس على أحد العاقدين شهادة شاهدين فلا تقبل كافي باب البيع وان كانت الدعوى بعد انقضاء مدة الجارة فهذا دعوى المال لا دعوى العقد فكان حكمه حكم سائر الديون وقد ذكرناه على الاتفاق والاختلاف هذا اذا كانت الدعوى من المؤاجر فان كانت من المستاجر لا تقبل سواء كانت الدعوى في المدة أو بعد انقضاءها لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في النكاح فان كانت الدعوى من المرأة فهذا دعوى المال عند أبي حنيفة عليه الرحمة حتى انها لو ادعت على رجل انه تزوجها على الف وخمسمائة فشهد لها شاهدان أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل والنكاح جائز بالف درهم وعندهما لا تقبل ولا يجوز النكاح لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى من الرجل والمرأة تنكر لا تقبل بالاجماع لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى في الخلع أو في الطلاق على مال أو في العتاق أو في الصلح عن دم العمد على مال فان كانت الدعوى من الزوج أو من المولى أو ولي القصاص تقبل لان هذا دعوى المال وان كانت الدعوى من المرأة أو العبد أو القاتل لا تقبل لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في الكتابة فان كانت الدعوى من المكاتب لا تقبل لان هذا دعوى العقد فلا تقبل ولا تصح الكتابة وان كانت من المولى فلا تصح لان للمكاتب ان يعجز نفسه متى شاء (واما) اختلاف الشهادة في الزمان والمكان فانه ينظر ان كان ذلك في الاقرار ولا يمنع القبول وان كان في الافاعيل من القتل والقطع والغصب وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول وجه الفرق ان الاقرار لا يحتمل التكرار فيمكن التوفيق بين الشهادتين لسماحه عن الاقرار في زمانين أو مكانين فلا يتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل والقطع وانشاء البيع وغيره من العتود والفسوخ لان هذا لا يحتمل التكرار فاختلاف الزمان والمكان فيها يوجب اختلاف الشهادتين فيمنع القبول والله التوفيق ولو ادعى رجل على رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان أحدهما على القرض والآخر على القرض والقضاء يقضى بشهادتهما على القرض ولا يقضى بالقضاء في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يقضى بشهادتهما بالقرض أيضاً لانهما وان اجتمعا على الشهادة بالقرض لكن الذي شهد بالقضاء فسخ شهادته بالقرض فبقى على القرض شاهد واحد فلا يقضى بالشهادة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الشهادتان اختلفا في القضاء لا في القرض بل اتفقا على القرض فيقضى به وقوله شاهد القضاء فسخ شهادته بالقرض قلنا ممنوع بل قرر شهادته على القرض لان قضاء القرض بعد القرض يكون (واما) الذي يرجع الى المكان فواحد وهو مجلس القضاء ومنها الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص فلا تقبل فيها شهادة النساء لما روى عن الزهري رحمه الله انه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده رضوان الله تعالى عليهما انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص ولان الحدود والقصاص مبناها على الدرع والاسقاط بالشبهات وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة لانهن جبلن على السهو والغفلة وقصمان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف سائر الاحكام لانها تنجس مع الشبهة ولان جواز شهادة النساء على البذل من شهادة الرجال والابدال في باب الحدود غير مقبولة كالكفالات والوكالات واما الشهادة على الاموال فالذكورة ليست فيها بشرط والاثوثة ليست بممانعة بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى في باب المداينة فاستشهدوا بشهيد من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء واختلف في اشتراطها في الشهادة بالحقوق التي ليست بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال أصحابنا رضي الله عنهم ليست بشرط وقال الشافعي رضي الله عنه شرط (وجه)



قول الشافعي رحمه الله ان شهادة النساء حجة ضرورية لانها جعلت حجة في باب الديارات عند عدم الرجال ولا ضرورة في الحقوق التي ليست بمال لا تدفع الحاجة فيها بشهادة الرجال ولهذا لم يجعل حجة في باب الحدود والقصاص وكذلك لم يجعل حجة باقراره من في الاطلاق لانه سبحانه وتعالى واستشهدوا الآية جعل الله سبحانه وتعالى رجل وامرأتين شهادة على الاطلاق لانه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء والشاهد المطلق من الشهادة على الاطلاق فاقضى ان يكون لهم شهادة في سائر الاحكام الا ما قيد بدليل وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولم يثقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة فكان اجماعهم على الجواز ولان شهادة رجل وامرأتين في اظهار المشهود به مثل شهادة رجلين لرجل جانبا للصدق فيها على جانب الكذب بالعدل لا انها لم تجعل حجة في ابدان بالشهادتين لئلا يفتقر قصور وشبهة فيما ذكرنا وهذا الحق ثبت بدليل فيه شبهة (وأما) قوله بانها ضرورة فلا تسلم فانها مع القدرة على شهادة الرجال في باب الاموال مقبولة فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورة وبه تبين ان نقصان الاثنية يصير عبورا بالعدد فكانت شهادة مطلقة واختلفت في اشتراطها في الشهادة على الاحصان قال علماءنا الثلاثة رضي الله عنهم ليست بشرط وقال زفر شرط حتى يظهر الاحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعندنا لا يظهر (وجه) قول زفر رحمه الله أن الذكورة شرط في علة العقوبات بالاجماع حتى لا يظهر بشهادة رجل وامرأتين والاحصان من جملة أوصاف العلة لان علة وجوب الرجم ليس هو الزنا المطلق بل الزنا الموصوف بالتعليق ولا يتغلط الا بالاحصان فكان الاحصان من جملة العلة فلا ثبت بشهادة النساء ولهذا لو أقر بالاحصان جاز رجوعه كما لو أقر بالزنا رجوع وكذا الشهادة القائمة على الاحصان من غير دعوى كالشهادة القائمة على الزنا (ولنا) قوله عز وجل فاستشهدوا الآية ودلائلها على نحو ما تقدم مع الشافعي رحمه الله وأما قوله من جملة العلة الاحصان قلنا لا ممنوع بل هو شرط العلة فيصير الزنا عنده علة والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط لما عرف في أصول الفقه وأما الرجوع عنه بعد الاقرار فلا نسلم أنه لا يصح الرجوع في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يصح في قول زفر رحمه الله وهذا حجة على زفر ولا رواية فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله قلنا أن تمنع وعدم اشتراط الدعوى يدل على أنه حق الله سبحانه وتعالى لا على أنه تضاف اليه العقوبة ألا ترى ان الدعوى ليست بشرط في عتق الأمة اجماعا ولا في عتق العبد عند أبي يوسف ومحمد وان كان لا يقرر تعلق عقوبة به ونحن نسلم ان الاحصان حق الله تعالى في هذا الوقت على ما عرف في الخلافات ومنها اسلام الشاهد اذا كان المشهود عليه مسلما حتى لا تقبل شهادة الكافر على المسلم لان الشهادة فيها معنى الولاية وهو تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه وتقبل شهادة المسلم على الكافر لانه من أهل أن ثبت له الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى (وأما) اذا كان المشهود عليه كافرا فاسلام الشاهد هل هو شرط لقبول شهادته عليه فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ليس بشرط حتى تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت ملهم أو اختلفت بعد ان كانوا عدا ولا في دينهم وقال الشافعي رحمه الله شرط حتى لا تقبل شهادتهم أصلا واحتج بقوله سبحانه وتعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا نفى الله سبحانه وتعالى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلا وفي قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافرين على المؤمنين لا نهيجب على القاضي القضاء بشهادتهم وانه منق ولان العدة شرط قبول الشهادة والفسق مانع والكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فاذا قبلا واعتد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم على المسلم شهادة فكذلك الذي على الذي فظايره يقتضي أن يكون للذمي على المسلم شهادة كالمسلم الا أن ذلك صار مخصوصا من عموم النص ولان الحاجة مست الى صيانة حقوق أهل الذمة ولا تحصل الصيانة الا وان يكون لبعضهم على بعض شهادة ولا شك أن الحاجة

الى صيانة حقوقهم ماسة لانهم انما قبلوا اعتد الذمة لتكون دماؤه كدمائنا وأموالهم كاموالنا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وان يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه المعاملات تكثرت فيهم والمسلمون لا يحضرون معاقبتهم ليجعلوا احوالهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والا نكار فدعت الحاجة الى الصيانة بالشهادة وأما الآية الكريمة فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وانما ثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب والحكم لا يثبت بالشرط فلا يكون في قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافر على المؤمن سواء اتفقت ملهم أو اختلفت فتقبل شهادة النصراني على اليهودي واليهودي على الجوسي وقال ابن أبي ليلى ان اختلفت لا تقبل وهذا غير سديد لان الكفر وان اختلفت أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد ان يكون الشاهد من أهل دار الاسلام حتى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لانه ليس من أهل دار الاسلام حقيقة وان كان فيها صورة لانه ما دخل دارنا للسكنى فيها بل ليقضى حوائجهم يعود عن قريب فلم يكن من أهل دار الاسلام والذي من أهل دار الاسلام فاختلقت الداران فلم تقبل شهادة الذمي عليه بالنص الذي روينا وصار حكم المستأمن مع الذمي في الشهادة كحكم الذمي مع المسلم وشهادة المستأمن تقبل على المستأمن ان اتفقت دارهم وملهم وان اختلفت لا تقبل ومنها عدم التقادم في الشهادة على الحدود كلها الا حد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها اذا تقادم العهد الا على حد القذف بخلاف الاقرار لما عرف في كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الرأفة في الشهادة على شرب الخمر اذا لم يكن سكران ولم يحقق انه من مسيره لا يبقى الرجح من الجحى عنه من مثلها عادة عندنا وعند شمدليس بشرط وهي من مسائل الحدود وتذكر هناك ان شاء الله تعالى (ومنها) الاصاله في الشهادة على الحدود والتقصص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهي الشهادة على الشهادة عندنا كذلك لا تقبل فيها كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة على الشهادة وأجمعوا على انها ليست بشرط في الاموال والحقوق المجردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي لا في العبد الا بق عند أبي حنيفة ومحمد عند أبي يوسف تقبل فيه أيضا على ما ذكر في كتاب أدب القاضي (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الفرع يؤدون الشهادة نيابة عن الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود والقصاص مقبولة (ولنا) ان الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات والشهادة على الشهادة لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيها شهادة النساء لم تكن الشبهة في شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى لان الشبهة هنا عسكنت في مجلس فكان فيها زيادة ليست في شهادة الاصول ولان الحدود لما كانت مبنية على الدراء أوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة بل ايقاف إقامتها ولهذا شرط عددا لا ربعة في الشهادة على الزنا لان اطلاع أربعة من الرجال الاحرار على غيبوبة ذكره في فرجها كما يغيب الميل في المكحلة نادر غاية الندرة ثم تقول الكلام في الشهادة على الشهادة يقع في مواضع في صورة تحمل الشهادة على الشهادة وفي شرائط التحمل وفي صورة أداء الشهادة على الشهادة وفي شرائط الاداء أما صورة التحمل فلها عبارتان مختصرة ومطولة أما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهد الاصل اشهد على شهادتي اني أشهد ان فلان على فلان كذا أو يقول أشهد ان فلان على فلان كذا فاشهد على شهادتي بذلك وأما المطول فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد ان فلان على فلان كذا أشهدك على شهادتي هذه وأمرك ان تشهد على شهادتي هذه فاشهد وأما شرائط تحمل هذه الشهادات فاذكرنا في عموم الشهادات وأما الذي يختص بها فانواع منها الاشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان فلان على فلان كذا فسمع انسان لكن لم يزل أشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحمل فيها بنفس معاينة الفعل وسماع الاقرار والانشاء من غير اشهاد (وجه) الفرق ان الفرع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الانابة منهم وذلك



بالاشهاد بخلاف سائر الشهادات لان تحمل الشاهد في سائر احوال نفسه لا يبره فيصح التحصيل فيها بطريق المعاينة ومنها الاشهاد على شهادته حتى لو قال اشهد عثل ما شهدت أو كما شهدت أو على ما شهدت لا يصح التحصيل ما لم يقل على شهادتي لان معنى التحصيل والاثابة لا يحصل الا بالاشهاد على شهادة ومبايعه التحصيل وهو ان يتحمل من كل واحد من شاهدي الاصل اثنان حتى لو تحمل من أحدهما واحد وتحمل من الآخر واحد لا يصح التحصيل لان الشهادة حتى ثابت في ذمة الشاهد والحقوق الثابتة في الذمة لا ينتقلها الى القاضي الا شاهدان ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الآخر شهادته جاز التحصيل لانه اجتمع على التحصيل من كل واحد منهما شاهدان فاما الذكورة في تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحصيل فيها من النساء (وأما صورة أداء هذه الشهادة فليما لفظان أيضا مختصر ومطول فاختصر ان يقول شهد فلان عندى ان فلان على فلان كذا وأشهدى على شهادته بذلك فانا أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو ان يقول شهد عندى فلان ان فلان على فلان كذا وأشهدى على شهادته بذلك وأمرى ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على شهادته بذلك ولو لم يقل وأمرى ان أشهد على شهادته بذلك جاز لان معنى التحصيل والاثابة يتأدى بقوله أشهدنى على شهادته فكان قوله أمرى بذلك من باب التأكيد وأما شرائطها فما ذكرناه كسائر الشهادات والذي يختص بهذه الشهادة ان يكون المشهود عليه ميتا أو غائبا مسيرة سفر أو مريضا لا يستطيع بحضور مجلس القضاء لان جواز هذه الشهادة للحاجة والضرة ولا تتحقق الضرورة الا في هذه المواضع وأما الذكورة فليست بشرط لاداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فظاهر النص يقتضى ان يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ما قيد بدليل ولان قضية القياس ان لا تشتط الذكورة والاصل في عموم الشهادات الا ان اشتراط الذكورة في شهادة الاصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث ازهرى رحمه الله تمكن شبهة في شهادته من ليست في شهادة الرجال واشتراط الاصل في الشهادة لتتمكن زيادة شبهة في شهادة الفروع ليست في شهادة الاصول وهو شبهة في الشهادتين على ما ذكرنا فشرط ذلك احتيالا لدرء ما يندرى بالشبهات والاموال والحقوق مما ثبت بالشبهة فثبتت على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** وأما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذى يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسباب الحدود ولقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونوا قوامين بالقسط شهداء لله الا ان في الشهادة القائمة على حقوق العباد وأسبابها لا بد من طلب المشهود له لوجوب الاداء فاذا طلب وجب عليه الاداء حتى لو امتنع بعد الطلب يأثم لقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا أى دعوا لاداء الشهادة لان الشهادة أمانة المشهود له في ذمة الشاهد وقال سبحانه وتعالى وليؤد الذمى أو تمن أمانته وقال تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وأما في حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود ونحو طلاق امرأة واعتاق عبد والظهار والايلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة حسبية لله تبارك وتعالى عند الحاجة الى الاقامة من غير طاب من أحد من العباد وأما في أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والتدفع فهو مخير بين ان يشهد حسبية لله تعالى وبين ان يستتر لان كل واحد منهما أمر مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وقد ندر به الشرع الى كل واحد منهما ان شاء اختار جهة الحسبة فاقامها لله تعالى وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخيه المسلم

**فصل** وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضي لان الشهادة عند استجماع شرائطها مقفلة للتحقق والقاضي ما مور القضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فحكم بين الناس بالحق ونصرت ما يحب عليه من الاحكام

### كتاب الرجوع عن الشهادة

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فتقول والله التوفيق الرجوع عن الشهادة يتعلق بحكم أحد من رجوع الى مال الشاهد والى رجوع الى نفسه أما الذى يرجع الى ماله فهو وجوب الضمان والكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب اما الاول فسبب وجوب الضمان في هذا الباب ان لا يثبت أو ينسب الشهادة لان الضمان في الشرع ان يوجب اما بالالتزام أو بالانلاف ولم يوجد الالتزام يمتنع الانلاف فيها سببا لوجوب الضمان فن وقعت انلاف ان عقدت سببا لوجوب الضمان والانلاف وعلى هذا يخرج ما اذا شهد ا على رجل بالف وقضى القاضي بشهادته ثم رجعا انهما يضممان الانلاف لانهم لم يرجعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين ان شهادتهما وقعت سببا الى الانلاف في حق المشهود عليه والسبب الى الانلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان كالا كراه على انلاف المال وخضر البئر على قارعة الطريق ونحوه (فان قيل) لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضاء القاضي لم يصح فبين ان المدعى أخذ المال بغير حق فلم لا يرده الى المشهود عليه قيل له انه بالرجوع لم تبين بطلان القضاء لان الشاهد غير مصدق في الرجوع في حق القاضي والمشهود له لوجهين الاول ان الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضاء بالحق للمشهود به ثم بدليل من حيث الظاهر وهو ان شهادة الصادق عند القاضي فلا يقتضى الثابت ظاهرا بالشك والاحتمال في القضاء ماضيا على الصحة والمدعى في يد المدعى كما كان والثاني ان الشاهد في الرجوع عن شهادته منهم في حق المشهود له لجواز ان المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى في دعواه ثم صدق في الرجوع في حق المشهود له للتمهة اذ التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع حجة الرجوع عن شهادة فلم يصح الرجوع عن شهادته فلم ينقض القضاء ولا يسترد المدعى من يده ومعنى التهمة لا يتوهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حقه الا أنه لا يمكن اظهار الصحة في غرض القضاء والتوصل الى عين المشهود به فيظهر في التوصل الى بدله رعاية للجوانب كلها واذا رجعا قبل القضاء لا يضممان لان الشهادة لا تصير حجة الا بالقضاء فلا تمنع تسببا الى الانلاف بدونه وعلى هذا اذا شهد ا على رجل أنه طلق امرأته فقتضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقر بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الانلاف لان المهر يجب بنفس العقد وما كذب بالدخول لا يشهدان فتمنع شهادتهما انلا فاقلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول فقتضى القاضي بنصف المهر بان كان المهر مسمى أو بالتمتع بان لم يكن المهر مسمى ثم رجعا ضمنا لذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب على الزوج شيئا من المهر لكنهما كدت الواجب لان الواجب قبل الدخول كان محتتملا للسقوط بان جاءت التفرقة من قبلها وبشهادتهما بالطلاق كذا الواجب عليه على وجه لا يحتمل "سقوط بعده أصلا فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب والمؤكدة للواجب بمنزلة الواجب في الشرع كالحرم اذا أخذ صيدا فذبحه رجل في يده يجب الجزاء على الآخذ ويرجع الآخذ بذلك على القاتل وقوع القتل منه كيد الجزاء الواجب على المحرم اذ لو لا ذبحه لا حتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح كذا الواجب عليه فزول المؤكدة منه بمنزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا اذا شهد ا على رجل أنه اعتق عبدا وأمة له وهو يشكر فقتضى القاضي ثم رجعا يضممان قيمة العبد والأمة لولا لانهما بشهادتهما اتفقا عليه مالية العبد والأمة فيضممان ويكون ولاؤه للمولى لان الاعتاق فذعه عليه والولاء لمن أعنت فان قيل هذا انلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب الضمان قيل له الولاء لا يصلح عوضا لانه ليس بمال وانما هو من أسباب الارث فكان هذا انلا فبغير عوض فيوجب الضمان ولو شهدا على اقرار المولى أن هذه الأمة ولدت منه وهو منكر فقتضى القاضي بذلك ثم رجعا فتقول هذا في الاصل لا يتخلو من



أحد وجهين إما أن لم يكن معها ولد وإما أن كان معها ولد وكل ذلك لا يخلو إما أن رجعا في حال حياة المولى وإما أن رجعا بعد وفاته أما إذا لم يكن معها ولد ورجعا في حال حياة المولى يضمنان للمولى ضمان قيمتها فتقوم أمة قنأ وتقوم أم ولد لو جاز بينهما فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فإذا مات المولى عتقت الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها و يضمنان بقيمة قيمته للورثة لانهما أتلفا بشهادتهما كل الجارية لكن بعضها في حال الحياة والباقي بعد الوفاة فيضمنان كذلك وإن كان معها ولد ورجعا في حال حياة المولى فانهما يضمنان قيمة الولد لانهما أتلفا عليه ألا ترى أنه لو لا شهادتهما لكان الولد عبد الله فهما بشهادتهما أتلفا عليه فعليهما الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الأم أيضا لما قلنا فإذ مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شيء يك في الميراث فلا يضمنان له شيئا ورجعان على الولد بما قبض الأب منهما لأن في زعم الولدان رجوعهما باطل وأن ما أخذ الأب منهما أخذه بغير حق فصار مضمونا عليه فيؤدى من تركته إن كانت له تركة وإن لم يكن له تركة فلا ضمان على الولد لأن من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركة لا يؤخذ من مال الوارث وإن كان معه أخ فانهما يضمنان للأخ نصف البقية من قيمتهما لانهما أتلفا عليه ذلك التسدد ورجعان على الولد بما أخذه الأب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الأخ لأن الأخ ظلم عليهما في زعمهما فليس لهما أن يظلما عليه ولا ضمان للأخ ما أخذهما من الميراث لانهما ما أتلفا عليه الميراث لما ذكر أن شاء الله تعالى هذا إذا كان الرجوع في حال حياة المولى فاما إذا كان بعد وفاته فإن لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا ضمان عليهما لأن الولد يكذبهما في الرجوع وإن كان معه شريك في الميراث فانهما يضمنان للأخ نصف البقية من قيمتهما لما قلنا وضمنان للأخ نصف قيمة الولد لانهما أتلفا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد ههنا لأن هذا ظلم للأخ في زعمهما فليس لهما أن يظلما الولد هذا إذا كانت الشهادة في حال حياة المولى والرجوع عليه في حال حياته أو بعد وفاته فاما إذا كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجلا وترك ابنا وعبدًا وأمة وتركه فشهد شاهدان أن هذا العبد ولد له هذه الأمة من الميت وصدهما الولد والأمة وأنكر الابن فقضى القاضي بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والأمة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة وبين حال الممات فإن هناك لا يضمنان الميراث ووجه الفرق أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لأنه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الأب أولا فيرثه الابن كما يجوز أن يموت الابن أولا ويرثه الأب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحقق الشهادة اتلاف المال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانهما شهادة بالمال لا محالة فقد أتلفا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهد أنه دبر عبده فقضى القاضي بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قنأ وتقوم مدبر أفيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه حال حياته بشهادتهما هذا القدر فيضمنانه فإذا مات المولى بعد ذلك عتق العبد كله إن كان يخرج من الثلث ولا سعاية عليه لأنه مدبره وضمنان للورثة بقيمة قيمته عبد الانهما أتلفا بشهادتهما بقيمة ماليته بعد موته لأن التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه بخلاف التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسمى في ثلث قيمته عبدًا للورثة لأن الوصية فيأزاد على الثلث لا تنفذ من غير إجازة الورثة وضمنان الشاهدان للورثة ثلث قيمته لانهما أتلفا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا إذا كانت السعاية يخرج من ثلث العبد فإن كانت لا يخرج بأن كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ثم رجعان على العبد بثلث قيمته إذا أيسر ولو شهدا أنه قال لعبد أن دخلت الدار فانت حر وشهد آخران بالدخول ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين لأن العتق ثبت بقوله أنت حر وإنما الدخول شرط والحكم يضاف إلى العتق لا إلى الشرط فكان التلغ حاصلًا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك إذا شهدا أنه قال لا مر أنه ان دخلت الدار فانت طالق وشهد آخران بالدخول ثم رجعا لما قلنا وكذلك لو شهدا على رجل

بالزنا وشهد آخران بالاحصان ثم رجعا فالضمان على شهود الزنا على شهود الاحصان لأن الاحصان شرط ولو شهد أنه قتل فلا تخطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدية لانهما أتلفا عليه وتكون في مالهما لأن الشهادة منهما بمنزلة الاقرار منهما بالانلاف والمأفلة لا تعقل الاقرار كالو اقرار صرنا ولذا لو رجعا في حال المرض اعتبر اقرار بالدين حتى يقدم عليه دين الصحة كافي سائر الاقرار بروكذ الوشهاد انه قطع بد فلان خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا دية اليد لما قلنا وكذا الوشهاد عليه بالسرقه فقضى عليه بالقطع فقتلته يده ثم رجعا فقد روى أن شاهدين شهدا عند سيدنا على كرم الله وجهه على رجل بالسرقه فقضى عليه بالقطع فقتلته يده ثم جاء الشاهدان بأخرفقلا أو همتا أن السارق هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضي الله عنه لا أصدقكما على هذا وأغرماكم بدية يد الولد ولو علمت أنكما تعمدتا لقطعتم أيديكما وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا ولو شهدا انه قتل فلا تعمد أقتضى القاضي وقتل ثم رجعا فلميلهما الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليهما التقصاص وعلى هذا الخلاف إذا شهدا انه قطع بد فلان (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان شهدا ثم وقعت قتلا نسيبها لانها غرض الى وجوب التقصاص وانه يفضى الى القتل فكانت شهادتهما نسيبها الى القتل والنسيب في باب التقصاص في معنى المباشرة كالا كراهه على القتل (وانما) أن نسلم أن الشهادة وقعت نسيبها الى القتل لكن وجوب التقصاص يتعلق بالقتل مباشرة لانسيبها لان ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل شرعا ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل نسيبها بخلاف الا كراهه على القتل لان القاتل هو المكره مباشرة لكن بيد المكره وهو كالا كراهه القتل مستعمل الآلة لا الآلة على ما عرف على أن ذلك وإن كان قتلا نسيبها فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فن ادعى تخصيص الفرع محتاج الى الدليل وعلى هذا يخرج ما إذا شهدا على ولي القتل أنه غف عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية لانه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على الغف عن التقصاص والتقصاص ليس بمال ألا ترى أنه لو أكره رجلا على الغف عن التقصاص فعلا لا يضمن المكره ولو كان التقصاص مالا يضمن لان المكره يضمن بالا كراهه على اتلاف المال وكذا من وجب له التقصاص وهو مريض فعفا ثم مات في مرضه ذلك لا يعتبر من الثلث ولو كان مالا اعتبر من الثلث كما إذا تبرع في مرضه وعن أبي يوسف رحمه الله انهما يضمنان الدية لولي القتل لان شهادتهما اتلاف للنفس لان نفس القاتل تصير مملوكا لولي القتل في حق التقصاص فقد أتلفا بشهادتهما على المولى نفسا تساوى ألف دينار أو عشرة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لانهما نسلم أن نفس القاتل تصير مملوكا لولي القتل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك المحل لان في المحل ما ينافي الملك لما علم في مسائل التقصاص فلم تقع شهادتهما اتلاف النفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والأب يحجده فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين لانعدام اتلاف المال منهما (وأما) شرائط الوجوب فانواع منها أن يكون الرجوع بعد القضاء فان كان قبله لا يجب الضمان لما ذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة وقوع الشهادة اتلافًا ولا تصير اتلافًا إذا صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافًا الا به (ومنها) مجلس وقوع الشهادة فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضي كالا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعى عليه البيعة على رجوعهما لا تقبل بيئته وكذا لا يمين عليهما إذا أنكر الرجوع الا إذا حكيا عند القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما لان ذلك بمنزلة انشاء رجوعهما عند القاضي فكان معتبرا (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان لان الأصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا وعلى هذا يخرج ما إذا شهد أنه تزوج هذه المرأة بالف درهم ومهر مثلها ألقان وهي تنكر فقضى القاضي بالنكاح بالف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيئا لانهما أتلفا عليها منفعة البضع والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وإنما يعطى لها حكم الاموال بعرض عقد الجارة وكذا لو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنا الزوج شيئا لانهما بشهادتهما



اتلفا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هذا الوادي رجل أن استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيئا لأنهما بشهادتهما اتلفا المنفعة لا عين المال (ومنها) أن يكون اتلاف المال بغير عوض فإن كان بعوض لا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال لأن اتلاف بعوض يكون اتلافا بصورة لا معنى وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل على رجل أنه باع عبده منه بالف درهم والمشتري ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا أنه ينظر أن كانت قيمة العبد ألفا أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشتري لأن شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا يكون اتلافا معنى فلا يوجب الضمان وإن كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة لوقوع الشهادة اتلافا بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشتري والمسئلة بخلافها أن كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل لا ضمان على الشاهدین للبائع لما قلنا وإن كانت قيمته أكثر من ألف يضمنان الزيادة للبائع لأن شهادتهما وقعت اتلافا بغير الزيادة وعلى هذا يخرج ما إذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على ألف درهم والرجل ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي بالنكاح بالف ثم رجعا أنه ينظر أن كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمن الزوج شيئا وإن اتلفا عليه عين المال لأنهما اتلفاها بعوض له حكم عين المال وهو البضع لأنه يعتبر مالا حال دخوله في ملك الزوج بدليل أن الأب يملك أن يزوجه من ابنة امرأة ولو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله في ملك الزوج لما ملك الأب لا يملك على ابنة معاوضة مال بما ليس بمال وكذلك المريض إذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم يكن البضع في حكم المال في حال الدخول في ملك الزوج لا يعتبر من الثلث كالتيبر عدل أن البضع يعتبر مالا في حق الزوج حال دخوله في ملكه فكان اتلاف بعوض هو في حكم عين المال فلا يكون اتلافا معنى وإن كان مهر مثلها أقل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج لأنهما اتلفا الزيادة عليه من غير عوض أصلا وهذا بخلاف ما إذا ادعى رجل على امرأة أنه طلقها بألف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي عليها بألف درهم ثم رجعا أنهما يضمنان للمرأة ألف درهم لأنهما اتلفا عليها عين المال بغير عوض أصلا لأن البضع حال خروجه عن ملك الزوج لا يعتبر مالا بدليل أن الأب لا يملك أن يخلع من ابنته الصغيرة على مال ولو فعل وأدى من ماله يضمن ولو كان مالا للملك لأنه يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المريض إذا اختلعت من نفسها حال مرضها على مال يعتبر من الثلث كالوصية ولو كان له حكم المال لا يعتبر من جميع المال يكفي سائر معاوضات المال بالمال وإذا لم يكن له حكم المال حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلافا عليهما من عوض أصلا فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل أنه أجر داره من فلان شهرا بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا فاما أن كان في أول المدة ينظر أن كان أجر الدار مثل المسمى لا ضمان عليهما للمستأجر ولو اتلفا عليه عين مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لأن المنفعة في باب الاجارة لها حكم عين المال وإن كانت أجره مثلها أقل من المسمى فانهما يضمنان الزيادة لأن التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصلا وإن كانت الدعوى بعد مضي مدة الاجارة فعليهما ضمان الاجرة لأنهما اتلفا عليه من غير عوض أصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج ما إذا شهد شاهدان على القاتل أنه صالح ولى القاتل ينكر فتقضى القاضي بذلك ثم رجعا أنهما لا يضمنان شيئا للقاتل لأنهما اتلفا عليه عين مال بعوض وهو النفس لأن النفس تصلح أن تكون عوضا بدليل أن المريض وجب عليه التقصاص فصالح الولي على الدية جاز ولا تعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم تصلح النفس عوضا لا تعتبر من الثلث دل أن هذا اتلاف بعوض فلا يوجب الضمان إلا إذا شهدا على الصلح بأكثر من الدية فيضمنان الزيادة على الدية للقاتل لأن تلف الزيادة حصل بغير عوض ويمكن نخرج هذه المسائل على فصل التسبب لأن ما قبله عوض لا يكون اتلافا معنى فلم يوجد سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ذلك ويستوى في وجوب الضمان الرجوع

عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت الفروع وثبت الاصول يجب الضمان على الفروع لوجود الاتلاف منهم لوجود الشهادة منهم حقيقة ولو رجع الاصول وثبت الفروع فلا ضمان على الفروع لا نعدام الرجوع منهم وهل يجب الضمان على الاصول قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجب وقال محمد بن حبيب (وجه) قوله أن الفروع لا يشهدون بشهادة أنفسهم وإنما يفعلون بشهادة الاصول فإذا شهدوا فقد أظهر واشهادتهم فكانهم حضروا بانفسهم وشهدوا ثم رجعوا (وجه) قولهما أن الشهادة وجدت من الفروع لأن الاصول لعدم الشهادة حقيقة فانهم لم يشهدوا حقيقة وإنما شهد الفروع وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الاتلاف من الاصول لعدم الشهادة منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا إذا رجعوا جميعا فالضمان على الفروع عندهما ولا شيء على الاصول لوجود الشهادة من الفروع حقيقة لأن الاصول وعنده المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الفروع وإن شاء ضمن الاصول لوجود الشهادة من الفريقين ولو لم يرجع أحد من الفريقين ولكن الاصول أنكروا الاشهاد فلا ضمان على أحد لا نعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى في وجوب ضمان الرجوع رجوع الشهود والمزكين عند أبي حنيفة حتى أن المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضي بشهادتهم ثم رجع المزكون ضمنوا عنده وعندهما رجوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما أن رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الاحصان لأن التزكية ليست الا بناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التي هي خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الاحصان لا يوجب الضمان كذا هذا ولا يوجب حنيفة أن التزكية في معنى الشهادة في وجوب الضمان لأن الرجوع عن الشهادة إنما يوجب الضمان لوقوعه اتلافا وإنما يصير اتلافا بالتزكية ألا ترى أنه لو لا التزكية لما وجب القضاء فكانت الشهادة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة على الاحصان لأن الاحصان شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فلا يصل أن مقدار الواجب منه على قدر الاتلاف لأن سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يتقدر بقدر العلة والعبرة فيه ببقاء من بقي من الشهود بعد رجوع من رجع منهم فإن بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لا نعدام الاتلاف أصلا من أحد وإن بقي منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراعي ضمان قدر التلف بالخصص فتقول بيان هذه الجملة إذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لأن النصف محفوظ بشهادة الباقي ولو كانت الشهود أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا إذا رجع اثنان لأن الاثنين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة فعليهم نصف المال لأن النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم نصف المال لأن النصف بقي بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف بثبات الرجل ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة أرباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لأن الباقي بقاء امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة أرباع والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شيء على المرأة لأن المرأة الواحدة في الشهادة وجودها وعدمها بمنزلة واحدة لأن القاضي لا يقضى بشهادتها ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما لأن الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لأن المرأتين يحفظان النصف ولو رجع رجل واحد لا شيء عليه لأن رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما اثلاثا وثلاثة على الرجل وثلثه على المرأة لأنه بقي ثلاثة أرباع بقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهما اثلاثا ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اثلاث أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه على المرأتين لماذا ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تلف بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة



نسوة ثم رجعوا جميعا للضمان بينهم أسداس سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا قول أبي حنيفة فاما  
عندهما فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة وجه قولهما أن النساء وأن كثرن فلهن شطر  
الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهم انصافا ولا ي  
حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداسا ولو رجع الرجل وحده  
ضمن نصف المال لأن النصف محفوظ بشهادة النساء وكذا لو رجعت النسوة غرم من نصف المال لأن النصف  
محفوظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيدان قولهما في الظاهر ولو رجعت ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لأن الحق  
بقي محفوظا برجل وامرأتين ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لأنه بقي بثبات رجل وامرأة  
ثلاثة أرباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال أثلاثا ثلثاه على الرجل  
والثلث على المرأة لأن تسع نسوة تحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة  
فكان بينهما اثلاثا ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلى الرجل نصف المال ولا شيء على  
المرأة في قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه نصف المال يكون عليهما  
أثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم الخماس عند أبي حنيفة خمسه على الرجل وثلاثة  
الخماس على النسوة لأن الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا أن لهن  
شطر الشهادة وأن كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج  
ما إذا شهد شاهدان أنه طلق امرأته ثلاثا والزوج ينكر ويشهد شاهدان بالدخول فقتضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا  
فالضمان عليهم أرباع على شاهدي الطلاق الربع لأن شاهدي الدخول شهدا بكل المهر لأن كل المهر يتأكد  
بالدخول والله كدحك الموجب على مامر وشاهدي الطلاق شهدا بالنصف لأن نصف المهر يتأكد بالطلاق  
على ما ذكرنا والمؤكد للواجب في معنى الواجب فشاهد الدخول أقر بنصف المهر والنصف الآخر اشترك فيه  
الشهود كلهم فكان نصف النصف وهو الربع على شاهدي الطلاق وثلاثة الأرباع على شاهدي الدخول فاما الذي  
يرجع إلى نفسه فتوعان أحدهما وجوب الحد لكون في شهادة مخصوصة وهي الشهادة القائمة على الزنا وجملة الكلام  
فيه أن الرجوع عن الشهادة بالزنا إما أن يكون من جميع الشهود وإما أن يكون من بعضهم دون بعض فان رجعوا جميعا  
يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلان كلامهم قبل القضاء انعقد قذفا  
لا شهادة إلا أنه لا يقام الحد عليهم للحال لا احتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء فاذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقي  
قذفا فيوجب الحد بالنص وأما بعد القضاء فلان كلامهم وان صار شهادة بانصاف القضاء به فقد انقلب قذفا بالرجوع  
فصار وبالرجوع قذفا فيحدون ولو رجعوا بعد القضاء والامضاء فلا خلاف في أنهم يحدون إذا كان الحد جديا وإن  
كان رجما فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا حد عليهم وجه قوله أنهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن  
كلامهم وقع قذفا من حين وجوده فصارت كما لو قذفوا صريحا ثم مات المقتذوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف  
بين أصحابنا فيستقط (ولنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفا من حين وجوده وإنما يصير قذفا وقت الرجوع  
والمقتذوف وقت الرجوع ميت فصارت قذفا بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد وأما حكم الضمان فاما قبل الامضاء  
لا ضمان أصلا لعدم الاتلاف أصلا وأما بعد الامضاء فان كان الحد رجما ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم  
اثلا فأوقرا بالاتلاف وان كان الحد جديا فليس عليهم إرش الحدات إذا لم تمت منها ولا الدية ان مات منها عند أبي  
حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اثلا فبطريق التسبب لانهما قضى إلى القضاء  
والقضاء قضى إلى إقامة الحدات وانما قضى إلى التلف فكان التلف بهذه الوسائط مضافا إلى الشهادة فكانت  
اثلا فالتسبب ولهذا الوشيد بالتقصاص أو بالمال ثم رجعوا وجبت عليهم الدية والضمان كذا هذا ولأبي حنيفة عليه

الرحمة أن لا تحصل مضافا إلى الضرب دون الشهادة لوجهين أحدهما أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح  
لأن الضرب الجارح غير مستحق في الحد فلا يكون الجرح مضافا إلى شهادتهم والثاني أن الضرب مباشرة  
الاتلاف والشهادة تسبب اليه وإضافة الأثر إلى المباشرة أولى من إضافته إلى التسبب إلا أنه لا ضمان على بيت المال  
لأن هذا ليس خطأ من القاضي ليكون عطاؤه في بيت المال لنوع تقصير منه ولا تقصير من جهة ههنا فلا شيء على بيت  
المال هذا إذا رجعوا جميعا فاما إذا رجع واحد منهم فان كان قبل القضاء يحدون جميعا عند أصحابنا الثلاثة وعند  
زفر رحمه الله واجمع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة قذفا لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الأربعة وإنما ينقلب  
قذفا بالرجوع ولم يوجد إلا من أحدهم فينقلب كلامه قذفا خاصة بخلاف ما إذا شهد ثلاثة بالزنا منهم يحدون لأن  
هناك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الابتداء قذفا (ولنا) أن كلامهم لا يصير شهادة إلا بقرينة القضاء  
الأن ترى أنها لا تصير حجة إلا به فقبله يكون قذفا لا شهادة فكان ينبغي أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود امرئ منهم  
إلا أنه لا يقام لاحتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء ولئلا يؤدي إلى سد باب الشهادة فاذا رجع أحدهم زال هذا  
المعنى فبقي كلامهم قذفا فيحدون وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فانهم يحدون لوقوع كلامهم قذفا كذا  
هذا وان كان بعد القضاء قبل الامضاء فانهم يحدون جميعا عندهما وعند محمد الرابع خاصة وجه قوله أن  
كلامهم وقع شهادة لانصاف القضاء به فلا ينقلب قذفا بالرجوع ولم يرجع الا واحد منهم فينقلب  
كلامه خاصة قذفا فلم يصح رجوعه في حق الباقي فبقي كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما أن الامضاء  
في باب الحدود من القضاء بدليل أن عمى الشهود أوردتهم قبل القضاء كما يمنع من القضاء فبعده يمنع من الامضاء  
فكان رجوعه قبل الامضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعا بلا خلاف  
بين أصحابنا الثلاثة كذا إذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء وان كان بعد الامضاء فان كان الحد جديا يحد  
الراجع خاصة بالاتفاق لان رجوعه صحيح في حقه خاصة لا في حق الباقي فاقبلت شهادته خاصة قذفا  
فيحد خاصة وان كان الحد رجما ومات المقتذوف يحد الراجع عند أصحابنا خلافا لزفر وقد مرت المسئلة هذا  
حكم الحد فاما حكم الضمان فلا ضمان إذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء قلنا وأما بعد الامضاء  
فان كان الحد جديا فلا شيء على الراجع من إرش السياط ولا من الدية ان مات عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما  
يجب وان كان رجما غرم الراجع ربع الدية لأن الثلاثة يحفظون ثلاثة أرباع الدية فكان التالف بشهادته الربع هذا إذا  
كان شهود الزنا أربعة فاما إذا كانوا خمسة فرجع واحد منهم فان القاضي يقيم الحد على المشهود عليه بما بقي من  
الشهود لأن الأربعة نصاب تام يحفظون الحد على المشهود عليه وان أمضى الحد ثم رجع اثنان ضمنا ربع الدية ان  
مات المرجوم لأن الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع فيضمنانه وان لم تمت فليس عليهما  
إرش للضرب عند أبي حنيفة وعندهما يجب وقد تقدمت المسئلة والثاني وجوب التعزير في عموم الشهادات سوى  
الشهادة على الزنا بأن تعمد شهادة الزور وظهر عند القاضي باقراره لأن قول الزور جناية ليس فيها فيما سوى القذف حد  
مقدر فتوجب التعزير بلا خلاف بين أصحابنا وإنما اختلفوا في كيفية التعزير قال أبو حنيفة عليه الرحمة تعزيره  
تشيير فينادى عليه في سوقه أو مسجد حيه ويحذر الناس منه فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه وقال أبو يوسف  
ومحمد رحمهما الله يرضم إليه ضرب أسواط هذا إذا تاب فاما إذا لم يتب وأصر على ذلك بأن قال أنا شهودت بالزور وأنا  
على ذلك قائم فانه يعزر بالضرب بالاجماع احتجا بما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضرب شاهد  
الزور وسخم وجهه ولا يقول الزور من أكبر الكبائر وليس إليه فيما سوى القذف بالزنا أحد مقدر فيحتاج إلى أبلغ  
الزواج ولا يحنيفه رحمه الله ما روى أن شريحا كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره وكان لا تخفى قضاياه على  
أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضوان الله تعالى عليهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر ولأن الكلام فيمن أقر أنه







صحيفة	صحيفة
١٨٢ فصل وأما حكم المزارعة الفاسدة	١٨٢ فصل وأما حكم المزارعة الفاسدة
١٨٣ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة الخ	١٨٣ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة الخ
١٨٤ فصل وأما الذي ينفسخ به عقد المزارعة	١٨٤ فصل وأما الذي ينفسخ به عقد المزارعة
١٨٤ فصل وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة الخ	١٨٤ فصل وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة الخ
١٨٥ كتاب المعاملة	١٨٥ كتاب المعاملة
١٨٦ فصل وأما الشرائط المفسدة للمعاملة	١٨٦ فصل وأما الشرائط المفسدة للمعاملة
١٨٧ فصل وأما حكم المعاملة الصحيحة الخ	١٨٧ فصل وأما حكم المعاملة الصحيحة الخ
١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة الفاسدة الخ	١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة الفاسدة الخ
١٨٨ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخها	١٨٨ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخها
١٨٨ فصل وأما الذي ينفسخ به عقد المعاملة	١٨٨ فصل وأما الذي ينفسخ به عقد المعاملة
١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة المنفسخة الخ	١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة المنفسخة الخ
١٨٨ كتاب الشرب	١٨٨ كتاب الشرب
١٩٢ كتاب الاراضي	١٩٢ كتاب الاراضي
١٩٦ كتاب المفقود	١٩٦ كتاب المفقود
١٩٦ فصل وأما بيان ما يصنع بماله	١٩٦ فصل وأما بيان ما يصنع بماله
١٩٧ فصل وأما حكم ماله الخ	١٩٧ فصل وأما حكم ماله الخ
١٩٧ كتاب اللقيط	١٩٧ كتاب اللقيط
١٩٧ فصل وأما بيان حاله	١٩٧ فصل وأما بيان حاله
٢٠٠ كتاب اللقطة	٢٠٠ كتاب اللقطة
٢٠٠ فصل وأما بيان أحوالها الخ	٢٠٠ فصل وأما بيان أحوالها الخ
٢٠٢ فصل وأما بيان ما يصنع بها	٢٠٢ فصل وأما بيان ما يصنع بها
٢٠٣ كتاب الابل	٢٠٣ كتاب الابل
٢٠٣ فصل وأما بيان ما يصنع به	٢٠٣ فصل وأما بيان ما يصنع به
٢٠٣ فصل وأما بيان حكم ماله	٢٠٣ فصل وأما بيان حكم ماله
٢٠٤ فصل وأما شرائط الاستحقاق الخ	٢٠٤ فصل وأما شرائط الاستحقاق الخ
٢٠٥ فصل وأما بيان من يستحق عليه الخ	٢٠٥ فصل وأما بيان من يستحق عليه الخ
٢٠٥ فصل وأما بيان قدر المستحق الخ	٢٠٥ فصل وأما بيان قدر المستحق الخ
٢٠٦ كتاب السباق	٢٠٦ كتاب السباق
٢٠٦ فصل وأما شرائط جوازها الخ	٢٠٦ فصل وأما شرائط جوازها الخ
٢٠٧ كتاب الوديعة	٢٠٧ كتاب الوديعة
٢٠٧ فصل وأما شرائط الركن الخ	٢٠٧ فصل وأما شرائط الركن الخ
٢٠٧ فصل وأما بيان حكم العتد	٢٠٧ فصل وأما بيان حكم العتد
٢٠٧ فصل وأما بيان ما يغير حال الموقوف عليه	٢٠٧ فصل وأما بيان ما يغير حال الموقوف عليه
٢١٤ كتاب العارية	٢١٤ كتاب العارية
٢١٤ فصل وأما الشرائط التي يصير الركن بها عارية الخ	٢١٤ فصل وأما الشرائط التي يصير الركن بها عارية الخ
٢١٤ فصل وأما بيان حكم العقد الخ	٢١٤ فصل وأما بيان حكم العقد الخ
٢١٦ فصل وأما صفة الحكم الخ	٢١٦ فصل وأما صفة الحكم الخ
٢١٧ فصل وأما بيان حال المستعار	٢١٧ فصل وأما بيان حال المستعار
٢١٨ فصل وأما بيان ما يوجب تغير حالها	٢١٨ فصل وأما بيان ما يوجب تغير حالها
٢١٨ كتاب الوقف والصدقة	٢١٨ كتاب الوقف والصدقة
٢١٩ فصل وأما شرائط الجواز	٢١٩ فصل وأما شرائط الجواز
٢٢٠ فصل وأما الذي يرجع الى الموقوف الخ	٢٢٠ فصل وأما الذي يرجع الى الموقوف الخ
٢٢٠ فصل وأما حكم الوقف الجائر	٢٢٠ فصل وأما حكم الوقف الجائر
٢٢١ وأما الصدقة الخ	٢٢١ وأما الصدقة الخ
٢٢١ كتاب الدعوى	٢٢١ كتاب الدعوى
٢٢٢ فصل وأما الشرائط المصححة للدعوى	٢٢٢ فصل وأما الشرائط المصححة للدعوى
٢٢٤ فصل وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه	٢٢٤ فصل وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه
٢٢٤ فصل وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل بها	٢٢٤ فصل وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل بها
٢٢٥ فصل وأما حجة المدعى والمدعى عليه	٢٢٥ فصل وأما حجة المدعى والمدعى عليه
٢٢٧ فصل وأما بيان كيفية التمين	٢٢٧ فصل وأما بيان كيفية التمين
٢٢٩ فصل وأما حكم أدائه	٢٢٩ فصل وأما حكم أدائه
٢٣٠ فصل وأما حكم الامتناع	٢٣٠ فصل وأما حكم الامتناع
٢٣١ فصل وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه	٢٣١ فصل وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه
٢٣٢ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين	٢٣٢ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين
٢٥٢ فصل وأما بيان ما يظهر به النسب	٢٥٢ فصل وأما بيان ما يظهر به النسب
٢٥٥ فصل وأما صفة النسب الثابت	٢٥٥ فصل وأما صفة النسب الثابت
٢٥٥ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين الخ	٢٥٥ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين الخ
٢٥٩ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك	٢٥٩ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك
٢٦٣ فصل وأما بيان حكم الملك والحق الثابت الخ	٢٦٣ فصل وأما بيان حكم الملك والحق الثابت الخ
٢٦٦ كتاب الشهادة	٢٦٦ كتاب الشهادة
٢٦٦ فصل وأما الشرائط الخ	٢٦٦ فصل وأما الشرائط الخ
٢٨٢ فصل وأما بيان ما يلزم الشاهد الخ	٢٨٢ فصل وأما بيان ما يلزم الشاهد الخ
٢٨٢ فصل وأما بيان حكم الشهادة	٢٨٢ فصل وأما بيان حكم الشهادة
٢٨٣ كتاب الرجوع عن الشهادة	٢٨٣ كتاب الرجوع عن الشهادة

سجل	تاريخ	رقم	ملاحظات

٥٥ ٤٦/٥

